

Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main

Vorgelegt von

Alexander Böhm

Gerichtsreferendar aus Berlin

1957

1956

**Die Rechtspflicht zum Handeln bei den
unechten Unterlassungsdelikten**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main

Vorgelegt von

Alexander Böhm

Gerichtsreferendar aus Berlin

1957

Erster Gutachter: Professor Dr. Dr. Preiser

Zweiter Gutachter: Privatdozent Dr. Spendel

Tag der mündlichen Prüfung: 14. März 1956



Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einleitung	9— 13
Darstellung und Begrenzung des Themas	
Schilderung des Gangs der Untersuchung	
1. Teil: Vorweg zu klärende Fragen	15— 52
I. Tun und Unterlassen	15— 24
1. Wann ist die Unterlassung eine Handlung?	
Eine Unterlassung, die willkürliche Nichtvornahme einer Körperbewegung, erfüllt den strafrechtlichen Handlungsbegriff nur dann, wenn der Unterlassende objektiv zu einem Anders-Handeln imstande war	15— 17
2. Wann ist die Handlung eine Unterlassung?	
Zur Frage der Abgrenzung von Tun und Unterlassen	17— 24
II. Die Kausalität der Unterlassung	25— 33
1. Kann die Unterlassung kausal sein?	
Entgegen Welzel und Graf zu Dohna wird eine echte Kausalität zwischen Unterlassen und Erfolg bejaht	25— 26
2. Wann ist die Unterlassung kausal?	26— 33
a) Wie läßt sich die Verknüpfung von Unterlassen und Erfolg feststellen?	
Die Unterlassung ist für einen Erfolg kausal, wenn die dem Unterlassenden mögliche Erfolgsabwendung nicht hinzugegacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfielen	26— 28
b) Welche Kausalitätstheorie muß Anwendung finden?	
Der Verfasser bevorzugt die Äquivalenztheorie, die sich allein auch in der Rechtsprechung bei den Begehungsdelikten durch Tun bewährt hat	28— 30
c) Welcher Grad von Wahrscheinlichkeit ist zur Feststellung der Kausalität bei den unechten Unterlassungsdelikten erforderlich?	
Es besteht hier kein Unterschied zu den Begehungsdelikten durch Tun	30— 33
III. Die Tatbestandsmäßigkeit der Unterlassung insbesondere	34— 44
1. Wann erfüllt die kausale Unterlassung den Tatbestand eines Strafgesetzes?	
(Untersucht unter besonderer Berücksichtigung der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Strafbarkeit der Nichthinderung eines Selbstmords)	34— 41
2. Auseinandersetzung mit den von der hier vorgetragenen Auffassung grundsätzlich abweichenden Lehren vom Tätertyp und vom Tatbild	41— 44
IV. Das Standortproblem	45— 52
1. Die Ansicht Naglers	45— 46
2. Die Ansichten Maurachs und Vogts	46— 48
3. Die herrschende Meinung	48— 49
4. Die eigene Ansicht	49— 52
Der Verfasser ist der Meinung, daß die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung ein Merkmal der Rechtswidrigkeit ist.	
2. Teil: Wann besteht im einzelnen eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwen-	
dung?	53— 99
I. Die kritische Untersuchung der Kategorien der Rechtspflichten . .	53— 89
1. Die Rechtspflicht aus Gesetz	54— 74
a) Die Quellen dieser Rechtspflicht	54— 57
b) Die wichtigsten Anwendungsfälle der aus dem Gesetz herzu-	
leitenden Rechtspflichten	57— 74

	Seite
a. Rechtspflichten der Ehegatten	58— 62
β. Rechtspflichten der Eltern	62— 67
γ. Rechtspflichten des Wohnungsinhabers	67— 70
δ. Rechtspflichten der Beamten	70— 73
ε. Rechtspflichten der Inhaber besonderer Berufsstellungen	73— 74
2. Die Rechtspflicht aus Vertrag	74— 83
a) Die Quellen dieser Rechtspflicht	74— 77
b) Die wichtigsten Anwendungsfälle der aus Vertrag herzuleitenden Rechtspflichten	78— 83
a. Rechtspflichten aus Geschäftsbesorgung	78— 79
β. Rechtspflichten aus Arbeitsvertrag	79— 80
γ. Rechtspflichten aus geschäftlichen Beziehungen	80— 82
δ. Das Problem der Rechtspflicht aus Versicherungsverträgen	82— 83
3. Die Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun	83— 89
a) Die Quellen dieser Rechtspflicht	83— 84
b) Die wichtigsten Anwendungsfälle der aus vorangegangenem Tun herzuleitenden Rechtspflichten	84— 89
a. Die Anwendung der Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun bei den Tötungs- und Körperverletzungsdelikten	84— 86
β. Die Anwendung der Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun bei Betrugsfällen	86— 87
γ. Das Problem der Anwendung der Rechtspflicht aus voran- gegangenem Tun auf die Fälle der Meineidsbeihilfe durch Unterlassen	87— 89
II. Versuch, einen allgemeinen Grundsatz zu formulieren, nach dem zu entscheiden ist, ob die Tatbestandsverwirklichung durch Unter- lassen im Einzelfall rechtswidrig ist oder nicht	90— 95
1. Kritik der bisherigen Versuche	90— 94
2. Versuch einer eigenen Lösung auf der Grundlage der im ersten Abschnitt des zweiten Teils dieser Arbeit gewonnenen Ergebnisse	94— 95
III. Grenzen der Erfolgsabwendungspflicht	96— 99
1. Kritik an der Lehre, nach der eine Erfolgsabwendungstätigkeit ausreicht	96— 97
2. Die Rechtfertigungsgründe bei den unechten Unterlassungsdelikten	97— 99
3. Teil: Die Schuld bei den unechten Unterlassungsdelikten	101—107
I. Vorsatz und Fahrlässigkeit	101—102
II. Die Unzumutbarkeit	103—107
Schlußbetrachtung	108—109
Zu der Frage, ob eine allgemeine Bestimmung über das Unter- lassungsdelikt in einem neuen Strafgesetzbuch aufgenommen werden soll.	

Literaturverzeichnis

1. Lehrbücher und Grundrisse.

- Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts (Allg. Teil), 9. Auflage, 1934.
Beling, Grundzüge des Strafrechts, 11. Auflage, 1930.
Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Band II, 1, 2. Auflage, 1914.
Graf zu Dohna, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1936.
Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Auflage, 1932.
v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Band II, 1930.
v. Hippel, Lehrbuch des Strafrechts, 1932.
v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Auflage, 1927.
v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 26. Auflage, 1932.
Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1954.
Maurach, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 1952.
Mayer, H., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953.
Mayer, M. E., Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 2. Auflage, 1923.
Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Auflage, 1922.
Mezger, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3. Auflage, 1949. (1933).
Mezger, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch, 6. Auflage, 1955.
Mezger, Strafrecht. Besonderer Teil. Ein Studienbuch, 4. Auflage, 1954.
Moser, Der Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches, 1949.
Niethammer, Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts, 1950.
Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Auflage, 1955.
Sauer, System des Strafrechts, Besonderer Teil, 1954.
v. Weber, Grundriß des Deutschen Strafrechts, 2. Auflage, 1948.
Wegner, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1951.
Welzel, Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, 2. Auflage, 1949.
Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 3. Auflage, 1954, und 4. Auflage, 1954.

2. Kommentare.

- Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage, 1931.
Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, 39./40. Auflage, 1950.
Leipziger Kommentar (LK), 7. Auflage, bis § 152: 1954, ab § 153: 1951 mit Nachtrag: 1954.
Mühlmann-Bommel, Das Strafgesetzbuch an Hand der höchststrichterlichen Rechtsprechung für die Praxis, 1949.
v. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Auflage, 1944, bis § 246. Ab § 247: 11. Auflage, 1927.
Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 7. Auflage, 1954.
Schwarz, Strafgesetzbuch (Kurzkomentar), 17. Auflage, 1954.

3. Aufsätze und Monographien.

- Bautz, Die neuere Entwicklung der unechten Unterlassungsdelikte, 1938.
Breslauer Dissertation.
Becker, Kann aus § 330c StGB, einem echten Unterlassungsdelikt, eine Rechtspflicht zum Handeln innerhalb eines unechten Unterlassungsdelikttes hergeleitet werden? 1938.
Kölnener Dissertation.
Beling, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe. ZStW 44/244 ff (1924).
Bockelmann, Zum Problem der Meineidsbeihilfe durch Unterlassen. NJW 1954/697 ff.
Bruns, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, 1938.
Burchardt, Täuschung und Rechtswidrigkeit beim Kreditbetrug, 1937.
Busch, Betrug durch Verschweigen. Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 91, 1936.
v. Cleric, Betrug verübt durch Schweigen, 1918.
Dahm, Bemerkungen zum Unterlassungsproblem, ZStW 59/133 ff (1940).
Graf zu Dohna, Zur Lehre von den Kommissivdelikten durch Unterlassung. DStR 1939/142 ff.
Dreher, Kann ein Ehegatte, der den Selbstmord des anderen zuläßt, ein Tötungsdelikt begehen? MDR 1952/711 ff.

- Drost, Der Aufbau der Unterlassungsdelikte. GS 109/1 ff (1937).
 Engisch, Zur Frage des fahrlässigen Unterlassungsdelikts. ZAKDR 1941/129.
 Exner, Fahrlässiges Zusammenwirken. Festgabe für Frank, 1. Band, 1930, S. 585 ff.
 Francke, Zur Rechtswidrigkeit des unechten Unterlassungsdelikts. 1940. Münchner Dissertation.
 Franta, Die Unterlassungsdelikte nach alter und neuer Rechtsauffassung, 1938. Münchner Dissertation.
 Georgakis, Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht. Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 114, 1938.
 Günther, Begehung durch Unterlassung. 1938. Leipziger Dissertation.
 Hartung, Fritz, Betrug durch Schweigen nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts. DJ 1936/330 ff.
 Hartung, Günther, Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht. Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 404, 1939.
 Heinitz, Teilnahme und unterlassene Hilfeleistung beim Selbstmord. JR 1954/403 ff.
 Jeschek, Die Rechtsprechung des BGH in Strafsachen. Goltdammers Archiv für Strafrecht 1954/322 ff.
 Jeschek, Zur Frage der Kuppelei gegenüber Verlobten. MDR 1954/645 ff.
 Kantorowicz, Unechtes Unterlassungs- und unbewußtes Fahrlässigkeitsdelikt. Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 297, 1931.
 Kissin, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten. 1933. Breslauer Dissertation.
 Maurach, Beihilfe zum Meineid durch Unterlassen. DStR 1944/1 ff.
 Maurach, Zur neueren Judikatur über Meineidsbeihilfe durch Unterlassen. SJZ 1949/541 ff.
 Mayer, H., Das Analogieverbot im gegenwärtigen deutschen Strafrecht. SJZ 1947/15 ff.
 Meister, Echtes und unechtes Unterlassungsdelikt. MDR 1953/649 ff.
 Meister, Zur Abgrenzung der Beteiligung am Selbstmord vom strafbaren Tötungsdelikt. Goltdammers Archiv für Strafrecht 1953/166 ff.
 Nagler, Die Problematik der Begehung durch Unterlassung. GS 111/1 ff (1938).
 Niethammer, Strafbares Unterlassen. ZStW 57/431 ff (1938).
 Roeder, Zum Standortproblem der unechten Unterlassungsdelikte. DStR 1941/105 ff und 152 ff.
 Roeder, Zur Lehre vom „Negativen Betrug“. DStR 1940/9 ff.
 Rutkowsky, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu dem normativen Schulselement und das unechte Unterlassungsdelikt. DR 1939/1041.
 Sauer, Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung. Festgabe für Frank, Band 1, S. 214 ff (1930).
 Sauer, Das Unterlassungsdelikt. GS 114/279 ff (1940).
 Schaffstein, Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts. Festschrift für Graf Gleispach, S. 70 ff (1936).
 Schaffstein, Strafrechtsreform und unechte Unterlassungsdelikte. DJ 1936/767 ff.
 Schlosky, Begehung einer Straftat durch Unterlassung. DStR 1940/129 ff.
 Schmid, Das strafbare Unterlassen in heutiger Rechtsgeltung. DStR 1936/425.
 Schmidt, E., Der Arzt im Strafrecht. Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 116 (1939).
 Schmidt, E., Die Besuchspflicht des Arztes unter strafrechtlichen Gesichtspunkten. 1949.
 Schwarz, Wilhelm, Die Kausalität bei den sogenannten Begehungsdelikten durch Unterlassung. Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 254 (1929).
 Spengel, Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte. 1948.
 Stucke, Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht. 1937. Jenaer Dissertation.
 Traub, Die Fälle der sogenannten Unterbrechung des Kausalzusammenhangs als Rechtswidrigkeits- und Teilnahmeproblem. 1954. Frankfurter Dissertation.
 Vogt, Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung. ZStW 63/381 ff (1951).
 Wachinger, Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts über Kreditbetrug. GS 102/376 ff (1933).
 Weizel, Zur Dogmatik der echten Unterlassungsdelikte, insbesondere des § 330 c StGB. NJW 1953/327 ff.
 Würtenberger, Zur Kausalität der Unterlassung. ZAKDR 1942/167.
 Würtenberger, Betrug durch Schweigen im Kunsthandel. NJW 1951/176.
 Zimmermann, Zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte. NJW 1952/1321 ff.

4. Entscheidungen und Urteilsanmerkungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts (RG), des Bundesgerichtshofs (BGH), des obersten Gerichtshofes für die Britische Zone (OGH), des bayerischen obersten Landesgerichts (Bay. Ob.LG), des Kammergerichts (KG), verschiedener Oberlandesgerichte (OLG) und Landgerichte (LG) sowie des Amerikanischen Berufungsgerichts in Deutschland (United States Military Government Courts for the United States Area of Control in Germany),

Urteilsanmerkungen von Bohne, Gallas, Hartung, Kohlrausch, Lay, Meister, Mezger, Mittelbach, Nagler, Schaffstein, v. Weber und Erik Wolf

sind entnommen:

BGHSt = Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen.

CoA = Court of Appeals Reports.

DJ = Deutsche Justiz.

DR = Deutsches Recht.

DRiZ = Deutsche Richterzeitung.

HES = Höchststrichterliche Entscheidungen in Strafsachen.

HRR = Höchststrichterliche Rechtsprechung.

JR = Juristische Rundschau.

JW = Juristische Wochenschrift.

JZ = Juristenzeitung.

LM = Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs.

LZ = Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.

MDR = Monatsschrift für Deutsches Recht.

NJW = Neue Juristische Wochenschrift.

Nds. Rpfl. = Niedersächsische Rechtspflege.

OGHSt = Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die britische Zone in Strafsachen.

Recht = Das Recht, Monatsbeilage zur Deutschen Justiz.

RGSt = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

SJZ = Süddeutsche Juristenzeitung.

5. Abkürzungen bei Zitaten.

arg. = argumentum.

Art. = Artikel.

BGB = Bürgerliches Gesetzbuch.

DStR = Deutsches Strafrecht.

GA = Goltdammersarchiv für Strafrecht.

GG = Grundgesetz.

GS = Der Gerichtssaal.

GVG = Gerichtsverfassungsgesetz.

StPO = Strafprozeßordnung.

ZStW = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

ZAkDR = Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.

Einleitung

Den Gegenstand der folgenden Untersuchung bildet das Problem der Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten. Es erscheint jedoch unumgänglich, die Fragen des rein tatsächlichen Unterschieds zwischen Tun und Unterlassen, der Kausalität der Unterlassung, der Tatbestandsmäßigkeit der Unterlassung und des systematischen Standorts der Rechtspflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten vorweg zu erörtern. Viele verdienstvolle Arbeiten nämlich nicht unerheblich darunter, daß die gewählten Beispiele keine Unterlassungen, sondern Erfolgsherbeiführungen durch Tun sind oder daß es bei ihnen überhaupt an der Kausalität fehlt¹⁾. Die Frage der Tatbestandsmäßigkeit der Unterlassung muß schon wegen ihrer im Hinblick auf § 2 StGB unbestreitbaren Bedeutung geklärt werden. Schließlich erfordert die Arbeit auch eine Stellungnahme zum Standort der Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten im strafrechtlichen System, wenn diese Frage hier auch nicht, wie es bei den meisten Schriften über die unechten Unterlassungsdelikte der Fall ist, im Mittelpunkt der Untersuchung stehen soll²⁾.

Ist eine Einbeziehung dieser sachlichen Vorfragen in die Arbeit geboten, so erscheint eine Begrenzung in anderer Richtung nötig und zulässig; diese Begrenzung betrifft den freilich lehrreichen Weg, den die wissenschaftliche Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte in der Vergangenheit genommen hat. Ihn erneut vollständig nachzuzeichnen und kritisch zu besprechen, ist im Rahmen dieser Arbeit unmöglich und angesichts der nicht wenigen Darstellungen, in denen der Entwicklung der wissenschaftlichen Diskussion breiter Raum gewidmet wird³⁾, auch entbehrlich. Für die mit der vorliegenden Untersuchung verfolgten Absichten ist es ausreichend, die von Wissenschaft und Praxis seit der Zeit um 1930 unternommenen Lösungsversuche einer kritischen Würdigung zu unterziehen⁴⁾.

¹⁾ Georgakis, Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht, Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 114, 1938, S. 28, entwickelt z. B. seinen Gedanken von der Erfolgsabwendungstätigkeit (siehe 2. Teil, III, 1 der Arbeit) an Hand zweier Beispiele, von denen bei einem die Kausalität, beim anderen überhaupt schon ein Verhalten fehlt. Beide Beispiele eignen sich daher nicht zur Erörterung von Erfolgsabwendungspflichten. E. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S. 89, und Niethammer, Strafbares Unterlassen, ZStW 57/441, 1938, verwenden als Unterlassungsbeispiele Fälle, bei denen ein aktives Tun vorliegt.

²⁾ Vgl. z. B. Kissin, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten, 1933; Nagler, Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, GS 111/1 ff, 1938; Francke, Zur Rechtswidrigkeit des unechten Unterlassungsdelikts, 1940.

³⁾ Nagler, Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, GS 111/3 — 35, 1938; Günther, Begehung durch Unterlassung, 1938, S. 3 ff; Becker, Kann aus § 330 c StGB, einem echten Unterlassungsdelikt, eine Rechtspflicht zum Handeln innerhalb eines unechten Unterlassungsdelikts hergeleitet werden?, 1938, S. 20 ff.

⁴⁾ Es ist demnach, von wenigen Ausnahmen abgesehen, nur die Literatur aus den Jahren nach 1930 verwertet worden. Das ist um so eher möglich, als die meisten bedeutenden Lehrbücher und Kommentare um 1930 in einer Neuauflage erschienen (Gerland 1932; Liszt-Schmidt, 1932; Allfeld 1934; Olshausen, 1927; Leipziger Kommentar, 4. Auflage, 1929; Frank, 1931) oder erstmals herausgekommen (v. Hippel, 1930 und 1932; Mezger, 1933; Festgabe für Frank, 1930) sind. In der Arbeit ist die bis Ende 1955 erschienene Literatur, soweit sie erreichbar war, berücksichtigt.

Dagegen ist die Rechtsprechung des Reichsgerichts von seiner Errichtung an berücksichtigt worden. Das mußte schon deswegen geschehen, weil auch die neuere Literatur sich weitgehend mit älteren Entscheidungen beschäftigt, es entspricht aber auch meiner Überzeugung, daß man bei der wissenschaftlichen Bearbeitung eines Stoffes möglichst viele Beispiele aus dem Leben heranziehen sollte, wie sie die Praxis des Reichsgerichts in großer Zahl bietet.

Die Zeit um 1930⁵⁾ eignet sich als Ausgangspunkt der Betrachtung vor allem deshalb, weil damals Lehre und Rechtsprechung in der Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im wesentlichen einig waren. Um 1930 galt als ausgemacht, daß die Unterlassung der Erfolgsabwendung der Erfolgsherbeiführung durch Tun tatbestandsmäßig gleichstehe⁶⁾, daß die Unterlassung der Erfolgsabwendung dann kausal sei, wenn sie nicht hinweggedacht werden könne, ohne daß damit der Erfolg mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit entfele⁷⁾, daß aber die Unterlassung der Erfolgsabwendung im Gegensatz zur Erfolgsherbeiführung durch Tun nur dann rechtswidrig sei, wenn eine besondere Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung bestehe⁸⁾. Diese Rechtspflicht ergab sich nach ebenfalls übereinstimmender Ansicht von Rechtsprechung und Literatur aus Gesetz⁹⁾, Vertrag¹⁰⁾ oder vorausgegangenem Tun¹¹⁾.

Diese Einigkeit besteht seit längerer Zeit nicht mehr. Ein großer Teil der Lehre hält, beginnend mit Naglers Aufsatz im Jahre 1938¹²⁾, die tatbestandsmäßige Gleichsetzung von Unterlassen der Erfolgsabwendung und Erfolgsherbeiführung durch Tun für unmöglich und verlangt bereits zur Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit des Unterlassungsdelikts ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal, das bald Erfolgsabwendungspflicht¹³⁾, bald Garantenstellung¹⁴⁾ genannt wird. Das frühere System seinerseits fand in der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit, nach der nicht die Tatbestandsmäßigkeit die Rechtswidrigkeit indiziert, diese vielmehr jeweils aus materiellen Gesichtspunkten selbständig ermittelt werden muß, eine neue dogmatische Untermauerung¹⁵⁾. Andererseits hat man, unter Beibehaltung des früheren Aufbaus, die Zahl der Rechtspflichten auf verschiedene Art vergrößert. Neben Gesetz, Vertrag und vorangegangenem Tun werden die „soziale Sonderstellung“¹⁶⁾ und das „spezielle

⁵⁾ In der Regel wählt man das Jahr 1933, zum Teil mit der nicht zutreffenden Behauptung, der Nationalsozialismus habe auch bezüglich unseres Problems eine grundlegende Wandlung in der Rechtsauffassung gebracht: Stucke, Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht, 1937, S. 1; Franta, Die Unterlassungsdelikte nach alter und neuer Rechtsauffassung, 1938, S. 1/2; Francke, Zur Rechtswidrigkeit des unechten Unterlassungsdelikts, 1940, S. 30. In Wahrheit begann die Orientierung nach einer materiellen Auffassung der Rechtswidrigkeit bei den unechten Unterlassungsdelikten schon vor 1933 (Kantorowicz, Unechten Unterlassungs- und unbewußtes Fahrlässigkeitsdelikt, Strafrechtl. Abhandlungen, Heft 297, 1931, S. 38; Kissin, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten, 1933, S. 72 ff) und auch die Ansätze zur Lehre vom Tätertyp und vom Tatbild liegen vorher (Beling, Grundzüge des Strafrechts, 1930, S. 38).

⁶⁾ Olshausen, Kommentar zum StGB, 1927, vor § 47, Teil I, Abschnitt 3,3, S. 195; Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1931, Anm. IV zu § 1; v. Hippel, Deutsches Strafrecht II, 1930, S. 154 und Lehrbuch des Strafrechts, 1932, S. 100.

⁷⁾ Frank, 1931, Anm. IV zu § 1; RGSt 63/392, vor allem 393 (1930).

⁸⁾ Olshausen, 1927, vor § 51, Teil I, Abschnitt 4/1, S. 253; Frank, Anm. IV vor § 1 (1931); v. Hippel, Deutsches Strafrecht II, 1930, S. 161 und Lehrbuch des Strafrechts, 1932, S. 110.

⁹⁾ Frank, Anm. IV,2 zu § 1 (1931); Beling, Grundzüge des Strafrechts, 1930, S. 38; v. Hippel, Deutsches Strafrecht II, 1930, S. 161; Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, 1932, S. 169; RGSt 64/317 (1930).

¹⁰⁾ Frank, Anm. IV,2 zu § 1; Beling, S. 39; Gerland, S. 169; v. Hippel, Deutsches Strafrecht II, S. 162 und Lehrbuch des Strafrechts, S. 101; Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1934, S. 113; RGSt 64/273 (1930).

¹¹⁾ Dieselben wie zu ¹⁰⁾ (v. Hippel, Deutsches Strafrecht II, S. 163) und RG in LZ 1928, Sp. 1633.

¹²⁾ Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, GS 111/1 ff (1938).

¹³⁾ Vogt, Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung, ZStW 63/395 ff (1951).

¹⁴⁾ Nagler und Mezger im Leipziger Kommentar, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B I, 2; Schöнке-Schröder, Strafgesetzbuch, 1954, Vorbem. VII zu § 1.

¹⁵⁾ Kantorowicz, Unechten Unterlassungs- und unbewußtes Fahrlässigkeitsdelikt, 1931, Strafrechtl. Abhandlungen, Heft 297, S. 38; Kissin, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten, 1933, S. 52 ff; Roeder, Zum Standortproblem der unechten Unterlassungsdelikte, DStR 1941/108; Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 1955, S. 88 (in Ansätzen bereits in Festgabe für Frank, Band I, 1930, S. 214).

¹⁶⁾ Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, 1950, S. 6.

Vertrauensverhältnis¹⁷⁾ als Gesichtspunkte, die eine Erfolgsabwendungspflicht erzeugen können, angeführt, ja zeitweise ging man so weit, einen Unterschied zwischen rechtlicher und sittlicher Verpflichtung überhaupt zu leugnen¹⁸⁾. Die Lehre vom Tätertyp verlegte das Problem in die Person des Täters. Unterlassungstäter war nach dieser Lehre der, den sein Unterlassen nach gesundem Volksempfinden als Täter erscheinen ließ¹⁹⁾. Diese in ihrer ursprünglichen Ausgestaltung aufgegebene Anschauung besteht in abgeänderter Form in der Tatbildlehre fort²⁰⁾. Schließlich ist auch die Frage, welche Tätigkeit von dem rechtlich Verpflichteten zu fordern ist, Gegenstand der wissenschaftlichen Auseinandersetzung geworden. Gegen die bis 1938 in Lehre und Rechtsprechung einhellige Ansicht, daß vom Erfolgsabwendungsverpflichteten die Abwendung des Erfolges verlangt werden müsse, wurde eingewendet, daß der Verpflichtete nur eine auf Erfolgsabwendung gerichtete Tätigkeit zu entfalten habe²¹⁾. Mit diesen seit 1930 vertretenen Auffassungen wird sich die Arbeit auseinanderzusetzen haben.

Es darf dabei schon jetzt, in der Einleitung, festgestellt werden, daß eine gesonderte Behandlung der nationalsozialistischen Ideen zu den Unterlassungsdelikten erfreulicherweise entbehrlich ist. In den dreißiger Jahren ist zwar wiederholt die Meinung geäußert worden, nationalsozialistisches Gedankengut habe die Entwicklung von Lehre und Rechtsprechung zu unserer Frage beeinflusst²²⁾. Das stimmt aber nicht. Wenn auch nicht wenige Schriftsteller, unter beredter Verdammung des Liberalismus und des Positivismus²³⁾, die Verdienste der nationalsozialistischen Rechtsauffassung um die Bewältigung des Problems der Rechtspflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten mit einer Begeisterung, die angesichts der im Namen dieser Auffassung seit der „Machtergreifung“ begangenen Verbrechen erstaunlich ist, lobten²⁴⁾, so blieb doch die sachliche Diskussion — von jenem schmückenden Beiwerk abgesehen — auf dem Boden der hergebrachten Wissenschaft²⁵⁾. So erklärt es sich auch, daß nahezu alle damals entwickelten Gedanken im Ergebnis auch heute noch vertreten werden²⁶⁾. Die Vermutung liegt nahe, daß die Garantenlehre, die Lehre vom Täter-

¹⁷⁾ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 3. Aufl., 1954, S. 154/155.

¹⁸⁾ Schaffstein, Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts, Festschrift für Graf Gleispach, 1936, S. 96; Schlosky, Begehung einer Straftat durch Unterlassung, DStR 1940/136.

¹⁹⁾ Schaffstein, Festschrift für Graf Gleispach, 1936, S. 70 ff. als Korrektur der durch die Einbeziehung der sittlichen Pflichten herbeigeführten weiten Strafbarkeitsausdehnung (vor allem S. 96); Schaffstein, Strafrechtsreform und unechte Unterlassungsdelikte, DJ 1936/767 ff.; Dahm, Bemerkungen zum Unterlassungsproblem, ZStW 59/140 (1940).

²⁰⁾ H. Mayer, Strafrecht, Allg. Teil, 1953, S. 117.

²¹⁾ Georgakis, Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht, 1938, S. 27/28; E. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1938, S. 89.

²²⁾ Stucke, Die Rechtspflicht der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht, 1937, S. 1; Günther, Begehung durch Unterlassung, 1938, S. 15; Nagler, Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, 1938, GS 11/40.

²³⁾ Busch, Betrug durch Verschweigen, Leipz. Rechtswissenschaftl. Studien, Heft 91 (1936), S. 14 und 17; Schmid, Das strafbare Unterlassen in heutiger Rechtsgeltung, DStR 1936/425; Fritz Hartung, Betrug durch Schweigen nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts, DJ 1936/331; Nagler, GS 11/40 und 41 (1938); Günther Hartung, Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht, Strafrechtl. Abhandlungen, Heft 404 (1939), S. 8.

²⁴⁾ Nagler, GS 11/41 (1938) spricht davon, daß mit der neuen, völkischen Geisteshaltung „die alten ewigen Sterne wieder in ihrer unverbrüchlichen Majestät“ schimmerten.

²⁵⁾ Mit Ausnahme von Günther Hartung, Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht, 1939, S. 8, der sich von allem Wissenschaftlichen löst und den Führerbefehl als Rechtsquelle preist.

²⁶⁾ Naglers Garantenlehre von 1938 im Leipziger Kommentar von 1954 (Nagler und Mezger), Anhang zur Einleitung 2, B I, 2; Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 1954, S. 236; Schönke-Schröder, 1954, Vorbem. VII, 1 vor § 1. Die Lehre vom Tätertyp, mindestens teilweise, bei H. Mayer, Strafrecht, Allg. Teil, 1953, S. 117. Die Erweiterung der Rechtspflichten z. B. bei Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 154/155.

typ und die Frage einer Erweiterung der Rechtspflichten auch ohne den Nationalsozialismus zur selben Zeit entstanden und diskutiert worden wären.

Das eben in Bezug auf die Lehre für die Zeit von 1933 bis 1945 Gesagte gilt in womöglich noch stärkerem Maße von der Rechtsprechung der Gerichte im sogenannten Dritten Reich: sie ist, soweit sie die in dieser Arbeit zu behandelnden Probleme berührt, vom Nationalsozialismus praktisch nicht beeinflusst. Die Entscheidungen des Reichsgerichts sind auch heute noch uneingeschränkt wertbar und in der Begründung — im Gegensatz zu den Ausführungen mancher Rechtslehrer — im ganzen bemerkenswert frei von nationalsozialistischen Phrasen. Die Loslösung des Reichsgerichts von einer formalistischen Betrachtungsweise der Rechtspflichten hatte sich schon vor 1933 angekündigt²⁷⁾. Wie auch in anderen Fällen²⁸⁾, beanspruchte der Nationalsozialismus später zu Unrecht die Urhebererschaft dieser Wandlung für sich.

Die Untersuchung wird nun in folgender Weise vorgehen: Im ersten Teil der Arbeit sollen, wie bereits angedeutet, Tun und Unterlassen, Kausalität und Tatbestandsmäßigkeit der Unterlassung, schließlich der systematische Standort der Rechtspflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten geprüft werden. Es wird sich dabei herausstellen, daß eine sichere dogmatische Trennung der Begehung durch Tun und der Begehung durch Unterlassung möglich und demgemäß auch geboten ist. Der notwendige Ursachenzusammenhang zwischen Unterlassung und Erfolg läßt sich unschwer herstellen, wenn man sich von der naturwissenschaftlichen Betrachtung der Kausalität löst. Es wird sich ferner zeigen, daß die Verursachung eines Erfolges durch Unterlassen keineswegs immer den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt, nicht einmal dann, wenn — wie beim Totschlag — die schlichte Herbeiführung eines Erfolges scheinbar zur Tatbestandserfüllung ausreicht. Der systematische Standort der Rechtspflicht wird in einem eigenen Abschnitt geprüft werden, weil er, wie schon erwähnt, von der neueren Rechtsprechung und Literatur teils in die Tatbestandsmäßigkeit, teils in die Rechtswidrigkeit verlegt wird. Der Verfasser ist der Ansicht, daß das System unseres Strafrechts eine zwanglose Einordnung der Rechtspflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten nur auf der Ebene der Rechtswidrigkeit zuläßt.

Der zweite, wesentlich umfangreichere Teil der Arbeit ist dem eigentlichen Thema der Untersuchung, der Frage der Rechtspflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, gewidmet. In kritischer Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung und Literatur werden die einzelnen Rechtspflichten herausgearbeitet werden, deren Vernachlässigung die Rechtswidrigkeit der Erfolgsverursachung durch Unterlassen begründet. Daran anschließend wird versucht werden, Kriterien allgemeiner Art zu entwickeln, die ein einigermaßen zuverlässiges Urteil darüber ermöglichen, ob im Einzelfall eine die Strafbarkeit des Untätigbleibenden begründende Erfolgsabwendungspflicht vorliegt oder nicht. Der zweite Teil endet mit einer Untersuchung der Grenzen der Erfolgsabwendungspflicht. Dabei wird sich zeigen, daß sich der Täter des Unterlassungsdelikts auf alle gesetzlichen und übergesetzlichen Rechtfertigungsgründe berufen kann, daß ihm aber keine zusätzlichen besonderen Rechtfertigungsgründe zur Seite stehen.

²⁷⁾ Z. B. in der Entscheidung vom 4. Januar 1932, in welcher dem unehelichen Vater aus seinem persönlichen Verhältnis zum Kind die Rechtspflicht auferlegt wird, den Tod des Kindes abzuwenden, RGSt 66/71 ff (vor allem 74). Gegen eine solche Begründung der Rechtspflicht damals noch Bohne in seiner Urteilsanmerkung, JW 1932/2720.

²⁸⁾ Z. B. in der Frage der selbständigen Begriffsbildung im Strafrecht. Für diesen Bereich hat Bruns, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, 1938, an Hand der Rechtsprechung des RG vor 1933 die Unrichtigkeit des nationalsozialistischen Anspruchs nachgewiesen.

Wenn damit auch das eigentliche Thema der Arbeit erschöpft ist, wird gleichwohl, um die Untersuchung durch die Behandlung auch der subjektiven Seite unseres Problems abzurunden, in einem dritten und letzten, summarischer gehaltenen Teil die Schuld des Unterlassungstäters und dabei insbesondere die Frage des Schuldausschließungsgrundes der Unzumutbarkeit behandelt werden. Die wenigstens andeutungsweise Behandlung auch dieser Probleme erscheint mir vor allem deshalb geboten, weil die Unzumutbarkeit in der Literatur sowohl bei der Tatbestandsmäßigkeit²⁹⁾ als auch bei der Rechtswidrigkeit³⁰⁾ der Unterlassungsdelikte behandelt und daher in der Regel im Zusammenhang mit der Rechtspflicht geprüft wird.

²⁹⁾ Nagler und Mezger in LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B I, 4a.

³⁰⁾ Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 1955, S. 96.

1. Teil: Vorweg zu klärende Fragen

I. Tun und Unterlassen

1. Wann ist die Unterlassung eine Handlung?

Der erste Anknüpfungspunkt für eine strafrechtliche Untersuchung ist ein menschliches Verhalten³¹⁾. Unter Verhalten versteht man die vom freien Willen des Menschen beherrschte Einflußnahme auf das Geschehen³²⁾. Dem Menschen stehen zwei Möglichkeiten zu Gebote, auf die Umwelt Einfluß zu nehmen: er kann in das Geschehen durch tätiges Handeln eingreifen, indem er eine Körperbewegung vornimmt; er kann aber auch Ereignisse geschehen lassen, indem er eine Körperbewegung, die er vornehmen könnte, vorzunehmen unterläßt. Jede dieser beiden Formen menschlichen Verhaltens ist eine Handlung im Sinne des § 1 StGB³³⁾.

Eine menschliche Tätigkeit oder Untätigkeit, die kein Verhalten im Sinne der vorstehenden Begriffsbestimmung ist, muß bei der Untersuchung der Strafbarkeit von Anfang an unberücksichtigt bleiben. Hierher gehören die unbewußt vorgenommenen menschlichen Tätigkeiten (Umsichschlagen im Schlaf, Sprechen unter Einwirkung chemischer Mittel) ebenso wie die durch unwiderstehliche äußere Gewalt abgezwungene Bewegung³⁴⁾. Ebenso wenig unterfällt dem Begriff der Handlung diejenige Untätigkeit, die nicht willkürliche Körperruhe ist³⁵⁾. Der Gelähmte unterläßt nicht die Bewegung der gelähmten Glieder, der Gefesselte nicht das Weglaufen, der Geknebelte nicht das Schreien. Es mag sein, daß der Gelähmte in einem Falle gerne helfen würde, im anderen zufrieden ist, daß er nicht helfen kann. Das spielt aber keine Rolle. Wer keine andere Wahl hat, „verhält“ sich nicht, wird nicht tätig und unterläßt nichts und kann deswegen auch nicht rechtswidrig und schuldhaft handeln und unterlassen³⁶⁾.

Zur Verdeutlichung des eben Erörterten möge folgender Fall aus der Literatur dienen³⁷⁾. Ein Badewärter sieht in einem Strandbad einen Knaben ertrinken.

³¹⁾ Gerland, 1932, S. 164; Allfeld, 1934, S. 94; H. Mayer, Strafrecht, Allg. Teil, 1953, S. 42; Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 27; Mezger in LK, 1954, Einleitung II, 1; Schöнке-Schröder, 1954, Vorbemerkung VII zum Allgemeinen Teil.

³²⁾ Alle in Anmerkung ³¹⁾ Genannten. Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 27, formuliert treffend: „Der Gegenstand der strafrechtlichen Normen ist das menschliche Verhalten, d. h. die der Fähigkeit zu zweckhafter Willenslenkung unterstehende Aktivität oder Passivität des Menschen.“

³³⁾ Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1923, S. 109; H. Mayer, Strafrecht, Allg. Teil, 1953, S. 42; Mezger in LK, 1954, Einleitung II, 2: „Der Begriff der Handlung umfaßt sowohl das aktive Tun (Handlung im engeren Sinn) wie das Unterlassen.“

³⁴⁾ Unbestritten. Vgl. z. B. v. Hippel, Deutsches Strafrecht II, 1930, S. 129; Mezger, Strafrecht, Allg. Teil, Ein Studienbuch, 1955, S. 60; Welzel, 3. Auflage, 1954, S. 27.

³⁵⁾ Die Vorigen; Beling, Grundzüge, 1930, S. 12; v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Allg. Teil, 1932, S. 170; Allfeld, 1934, S. 94; Drost, Der Aufbau der Unterlassungsdelikte, GS 109/3 (1937); Sauer, Das Unterlassungsdelikt, GS 114/315 (1940).

³⁶⁾ Unklar hierzu Beling, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe, ZStW 44/244 (1924), der es offenläßt, ob der Arzt, der im Kriege die Operation nicht zu Ende führt, weil ihm ein Geschöß die Hand zerschmettert, mangels Handlung, Kausalität oder Rechtswidrigkeit nicht bestraft wird. Es fehlt hier natürlich schon an einem „Verhalten“ des Arztes.

³⁷⁾ Georgakis, Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht, 1938, S. 28.

Pflichtgemäß eilt er ihm zu Hilfe. Bevor er ihn aber erreicht hat, befällt ihn ein Krampf in den Beinen, so daß er nur noch ganz langsam weiterschwimmen kann. Ehe er den Knaben zu fassen bekommt, ist dieser ertrunken. Der Badewärter hat in diesem Fall die Rettung des Knaben nicht unterlassen. Er hat überhaupt nichts unterlassen, jedenfalls nicht schnelleres Schwimmen. Das konnte er nämlich nicht. Da mithin eine Handlung des Badewärters in der unterlassenen Lebensrettung nicht gefunden werden kann, muß jede weitere Prüfung entfallen; ein Verhalten, an das sich strafrechtliche Konsequenzen knüpfen ließen, liegt nicht vor³⁸⁾.

In einem umgekehrt gelagerten Fall ist gegen das Reichsgericht³⁹⁾ eingewendet worden, es habe einen Fall fehlenden Verhaltens als Rechtswidrigkeitsproblem behandelt. Hier war ein Fahrgast auf die fahrende Straßenbahn aufgesprungen. Der Schaffner hatte ihn deswegen aufgefordert, die Bahn wieder zu verlassen. Da die Straßenbahn sich eben in voller Fahrt befand, wartete der Fahrgast auf die nächste Station, um dort der Aufforderung des Schaffners entsprechend auszusteigen. Der Schaffner packte ihn aber vorher und warf ihn aus der fahrenden Straßenbahn, so daß er verletzt wurde. Vor Gericht verteidigte sich der Schaffner damit, daß er in Notwehr gegen einen rechtswidrigen Angriff des Fahrgastes gehandelt habe. Das RG stellte sich indessen auf den Standpunkt, daß das Verweilen des Fahrgastes in der Straßenbahn von der Aufforderung an, sie zu verlassen, bis zu dem Zeitpunkt, an dem die Bahn an der nächsten Haltestelle hielt, nicht rechtswidrig, mithin weder ein rechtswidriger Angriff noch ein rechtswidriger Hausfriedensbruch gewesen sei. Gegen diese Entscheidung wird geltend gemacht⁴⁰⁾, der Fahrgast habe sich überhaupt nicht verhalten, da er ja nichts anderes habe tun können, als bis zur nächsten Station in der Straßenbahn zu bleiben. Das RG habe deswegen gar nicht in die Prüfung der Rechtswidrigkeit des Aufenthalts des Fahrgastes in der Straßenbahn eintreten können. Das ist aber unrichtig. Der Fahrgast konnte natürlich aus der fahrenden Straßenbahn abspringen. Er hat die dazu notwendige Körperbewegung bewußt unterlassen, weil er sich begreiflicherweise nicht verletzen wollte. Die willkürliche Unterlassung einer Körperbewegung ist aber immer ein Verhalten, gleichgültig welche Überlegungen es veranlassen. Der Fahrgast hat mithin im Sinne des § 123 in der Straßenbahn „verweilt“. Dieses Verweilen war aber nicht rechtswidrig, weil er dazu befugt, ja nach der Straßenverkehrsordnung, die verbietet, die Straßenbahn an anderen Stellen als an Halteplätzen zu verlassen⁴¹⁾, sogar verpflichtet war⁴²⁾.

Als Beispiel für die Abgrenzung des Nicht-Verhaltens von dem für einen bestimmten Erfolg nicht kausalen Verhalten möge schließlich der folgende vom

³⁸⁾ Das übersieht Georgakis, der den Fall als Beweis für die Unhaltbarkeit der herrschenden Lehre anführt, die jede Rechtspflicht als Pflicht zur Erfolgsabwendung ansieht. Da der Badewärter den Erfolg nicht verhindert habe, so führt Georgakis aus, müsse er nach der herrschenden Lehre rechtswidrig gehandelt haben. Das sei aber ein Unding, da er ja alles ihm nur Mögliche zur Rettung des Knaben unternommen habe. Georgakis erhebt diesen Vorwurf zu Unrecht; denn, wie wir gesehen haben, fehlt es, wenn jemand alles ihm Mögliche zur Erfolgsabwendung unternimmt, sein Tun aber vergeblich blieb, schon an einem Verhalten hinsichtlich der Verursachung des eingetretenen Erfolges.

³⁹⁾ RGSt 75/355 ff, besonders S. 358, 1941.

⁴⁰⁾ Maurach, Dt. Strafrecht, Allg. Teil, 1954, S. 173.

⁴¹⁾ § 36 Abs. 2 der Straßenverkehrsordnung.

⁴²⁾ Die Gegenmeinung würde unweigerlich auf die berühmte Feststellung Palmströms hinausführen, den Christian Morgenstern in seinem Gedicht „Die unmögliche Tatsache“ sagen läßt: „Weil nicht sein kann, was nicht sein darf.“ Dieser Schluß ist zwar „messer-scharf“ aber unrichtig.

BGH entschiedene Fall⁴³⁾ dienen: Ein Häftling war von einem Gefängnisbeamten zu einem Verhör bei der Gestapo vorgeführt worden. Während des Verhörs versetzte der Gestapobeamte dem Häftling plötzlich einen Schlag ins Gesicht. Dem Gefängnisbeamten wurde nun Beihilfe zu dieser Körperverletzung zur Last gelegt. Der BGH hat diesen Vorwurf verneint unter Hinweis darauf, daß nach dem Sachverhalt der Gefängniswärter diesen einen, unerwartet gekommenen Schlag nicht verhindern konnte. Die Entscheidung ist voll zu billigen. Der Gefängniswärter hatte zwar überhaupt nichts unternommen und sich mithin insoweit „verhalten“, als er willkürlich nichts tat, obwohl er irgendetwas hätte tun können. Sein Verhalten war aber für den Erfolg der Körperverletzung nicht kausal, weil er in dem Augenblick, in dem er frühestens den Angriff auf den Häftling voraussehen konnte, den Schlag weder durch einen Zuruf noch durch eine andere Handlung mehr hätte verhindern können.

Eine Handlung fehlt nur da, wo ein Sich-anders-Verhalten objektiv ausgeschlossen ist, vor allem also dann, wenn der untätig Gebliebene nicht tätig werden kann (der Fall des Gelähmten), oder wenn jemand zur Erfolgsabwendung alles tut, was er überhaupt tun kann, trotzdem aber den Erfolg nicht abzuwenden vermag. Da nicht alle Menschen dasselbe leisten können, muß jeder nach seinen Fähigkeiten bemessen werden⁴⁴⁾. Der Gelähmte unterläßt nicht die Rettung des im Fluß an ihm Vorübertreibenden, der Straßenarbeiter nicht die Operation des Verunglückten, die ein Chirurg durchführen könnte; der Nichtschwimmer unterläßt nicht die Rettung des im reißenden Strom Ertrinkenden; der im konkreten Fall auf sich gestellte durchschnittliche Arzt unterläßt nicht die vielleicht einem hochqualifizierten Experten mögliche Behandlung. Es ist immer darauf abzustellen, was der betreffende „Unterlassende“ tun konnte⁴⁵⁾. War ihm nichts anderes zu tun möglich, als was er tat, so hat er nichts unterlassen. Konnte er aber etwas anderes tun als das, was er tat, so muß nun geprüft werden, ob das andere, ihm mögliche Tun den Erfolg hätte abwenden können, seine willkürliche Unterlassung also für den Erfolg kausal war⁴⁶⁾.

2. Wann ist die Handlung eine Unterlassung?

Aus der bisherigen Untersuchung folgt, daß es möglich sein muß, Handeln und Unterlassen zu unterscheiden. Es läßt sich nämlich feststellen, ob jemand eine willkürliche Körperbewegung ausführt, oder es unterläßt, eine Körperbewegung, die ihm möglich wäre, vorzunehmen. Diese beiden möglichen Verhaltensweisen, die beide dem Handlungsbegriff des StGB unterfallen, sind gegensätzlich, und es ist kein Fall denkbar, in dem man nicht eindeutig feststellen könnte, ob ein „Tun“ oder ein „Unterlassen“ gegeben ist.

⁴³⁾ NJW 1951/324 (Urteil vom 30. Januar 1951).

⁴⁴⁾ Herrschende Lehre. Vgl. z. B. v. Hippel, Deutsches Strafrecht II, 1930, S. 153; Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 147.

⁴⁵⁾ E. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1938, S. 165, und Georgakis, Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht, 1938, S. 27/28, gehen im Gegensatz hierzu davon aus, daß das Problem der erfolglos gebliebenen Hilfstätigkeit weder auf der Ebene des Verhaltens, noch auf der Ebene der Kausalität gelöst werde. Sie stehen mithin auf dem Standpunkt, daß der Arzt, der trotz ordnungsgemäßer Behandlung den Tod des Patienten nicht abwenden kann, weil eine notwendige Spezialbehandlung aus finanziellen oder technischen Gründen objektiv unmöglich ist, den Tod durch sein Verhalten kausal herbeigeführt hat. Das ist aber, wie der Verf. versucht hat darzustellen, unzutreffend.

⁴⁶⁾ Diese Frage wird unter II dieses Teiles der Arbeit behandelt werden.

Es ist einigermaßen befremdend, daß Gerichte⁴⁷⁾ und Rechtslehrer⁴⁸⁾ die Möglichkeit einer derartigen eindeutigen Feststellung leugnen und stattdessen darauf abstellen, ob die „soziale Sinnbedeutung einer Verhaltensweise“⁴⁹⁾ einem Tun oder einem Unterlassen entspreche. Diese m. E. unrichtige Auffassung beruht auf der freilich einfachen, in ihren Ergebnissen aber notwendig unsicheren Übung, einen ganzen Komplex menschlichen Verhaltens (also in aller Regel ein Gemisch von willkürlichen Körperbewegungen und willkürlicher Körperruhe) zusammenzunehmen und als ganzes zu werten. Richtig ist es dagegen, den Handlungskomplex in seine Teile zu zerlegen und jeden einzelnen Teil darauf zu prüfen, ob er für den Erfolg kausal, tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft war. Tut man das, so kann man in jedem Fall feststellen, ob ein Tun oder ein Unterlassen der Anknüpfungspunkt der Straffolge, wann mithin die Handlung eine Unterlassung ist.

Es soll nun an Hand einiger Beispiele aus Lehre und Rechtsprechung gezeigt werden, wie durch Zerlegung eines Verhaltenskomplexes in Tätigkeit und willkürliche Körperruhe der richtige Ansatzpunkt für die strafrechtliche Untersuchung gefunden werden kann.

Nehmen wir zunächst zur Exemplifizierung den folgenden von Exner gebildeten Fall⁵⁰⁾. Der Arzt übergibt einen Patienten seiner Assistentin. Diese behandelt ihn falsch. Der Patient stirbt an der falschen Behandlung. Der Arzt hat sich wie folgt „verhalten“. Er hat den Patienten seiner Assistentin übergeben. Das war ein Tun, eine willkürliche Körperbewegung. Ferner hat er die Behandlung des Patienten durch seine Assistentin nicht überwacht. Das war, sofern er zu der Überwachung imstande gewesen wäre, eine Unterlassung, eine willkürliche Körperruhe. Exner meint, es lasse sich in diesem Falle nicht mit Sicherheit feststellen, ob insoweit ein Tun oder ein Unterlassen vorliege. Dieses Ergebnis Exners beruht m. E. nur darauf, daß er seinen Fall nicht konsequent zu Ende geführt hat. Tut man das, so kommt man zu folgendem Ergebnis: Angenommen, der Patient wäre in beiden Fällen zu retten gewesen, also mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit am Leben geblieben, und zwar sowohl dann, wenn ihn der Arzt nicht der Assistentin zur Behandlung übergeben hätte, als auch dann, wenn der Arzt die Behandlung durch seine Assistentin selber überwacht hätte, so wären beide Verhaltensweisen des Arztes für sich allein für den Tod des Patienten kausal. Somit wird es (da Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit in beiden Fällen gegeben sein dürften) darauf ankommen zu prüfen, welche von den beiden Verhaltensweisen fahrlässig war. War die Assistentin offenbar zur Führung dieses Falles nicht in der Lage, dann war schon die Überantwortung des Patienten an sie fahrlässig. Die Straffolge würde in diesem Fall an ein Tun anknüpfen. War die Assistentin dagegen zuverlässig, mußte aber gleichwohl bei ihrer Tätigkeit etwas überwacht und angeleitet werden, dann war erst die Unterlassung der Überwachung fahrlässig. Hier wäre dann ein Unterlassen der Anknüpfungspunkt für eine strafrechtliche Beurteilung des Falles. Die Entscheidung hängt also von tatsächlichen Gegebenheiten ab, die im einzelnen noch geklärt werden müßten. Ist sowohl das Tun wie das Unterlassen

⁴⁷⁾ BGH, Urteil vom 8. Oktober 1953, NJW 1953/1924; ähnlich auch der Beschluß des Großen Senats in Strafsachen vom 17. Februar 1954, BGHSt 6/46 ff (59).

⁴⁸⁾ Exner, Fahrlässiges Zusammenwirken, Festgabe für Frank, I, 1930, S. 585/586; Nagler, GS 11/33 (1938); E. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1938, S. 79; Sauer, GS 114/320 (1940); Mezger, Studienbuch, Allg. Teil, 1955, S. 70.

⁴⁹⁾ Diese Formulierung entstammt dem Urteil des BGH in NJW 1953/1924.

⁵⁰⁾ Exner, Fahrlässiges Zusammenwirken, Festgabe für Frank, I, 1930, S. 586.

fahrlässig, dann konsumiert das fahrlässige Tun das nachfolgende fahrlässige Unterlassen nach den Regeln über die straflose Nachtat⁵¹⁾. Zusammenfassend läßt sich sagen, daß der Exnersche Fall nur — dann aber auch ohne weiteres — gelöst werden kann, wenn der Sachverhalt genauer aufgeklärt ist.

Der BGH⁵²⁾ untersucht, ob eine Täuschungshandlung des Angeklagten darin liegt, daß er bei der Zustellung von Nachnahmesendungen die Beträge einzieht (was ein Tun wäre) oder daß er es unterläßt, die Empfänger der Nachnahmesendungen darüber aufzuklären, daß er dieses Geld für sich behalten und nicht in den üblichen postalischen Geschäftsgang gelangen lassen will (was ein Unterlassen wäre). Die „soziale Sinnbedeutung“ seines Verhaltens ist nach dem BGH ein Unterlassen. Die Ausdrucksweise des BGH ist ungenau; denn der Angeklagte hat die Gläubiger durch sein Tun gar nicht getäuscht. Die Gläubiger haben sich in einer unrichtigen Vorstellung befunden, die der Angeklagte ausgenützt hat. Das Tun des Angeklagten ist also nicht tatbestandsmäßig gewesen. Eine Täuschung durch Unterlassen liegt dagegen vor, sie ist aber nicht rechtswidrig, da eine Rechtspflicht, die Adressaten der Sendungen über die beabsichtigte Unterschlagung der empfangenen Gelder zu unterrichten, für den angeklagten Postbeamten nicht besteht. Das Ergebnis, zu dem der BGH kommt, ist also richtig aber nicht deswegen, weil das Verhalten des Angeklagten sich in seiner „sozialen Sinnbedeutung“ als ein Unterlassen darstellt, sondern weil nur das Unterlassen nicht aber das Tun des Angeklagten den objektiven Tatbestand des § 263 erfüllt. Beim Betrug genügt nämlich zur Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes nicht die Verursachung eines Vermögensschadens, sondern nur die Herbeiführung eines Irrtums durch Täuschung, durch die wiederum eine vermögensschädigende Verfügung des Getäuschten herbeigeführt sein muß⁵³⁾. Überall, wo ein Tun zwar für den Erfolg kausal ist, das aber nicht die Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes erfüllt, kann daher bloß ein begleitendes Unterlassen als Grundlage für die Strafbarkeit in Frage kommen⁵⁴⁾.

In einem Urteil des RG aus dem Jahre 1942⁵⁵⁾ ist eine Untreue, begangen durch Unterlassen, bei einem kaufmännischen Abteilungsleiter angenommen worden, der die von einem ihm untergebenen Angestellten absichtlich mit dem

⁵¹⁾ weil kein neues Rechtsgut verletzt wird: Schönke-Schröder, 1954, Vorbem. zu § 73, VII, 3.

⁵²⁾ Urteil vom 8. Oktober 1953, NJW 1953/1924.

⁵³⁾ So mit Recht RG in RGSt 46/414 (416), 1913: Die Entgegennahme der Unterhaltsrente, auf die der Empfänger keinen Anspruch hat, weil er inzwischen von seiner die Rente bedingenden Krankheit geheilt ist, verursacht zwar auch den Vermögensschaden der Behörde, sie ist aber keine Täuschungshandlung durch schlüssiges Verhalten. Ähnlich RGSt 25 95 (1894). Hier hatte D auf der Lohnempfangstabelle des A unwahre, für A günstige Eintragungen gemacht, so daß dieser mehr Lohn empfing, als ihm zustand. A wußte zwar nichts von den Falscheintragungen, nahm aber den ihm nicht zustehenden Betrag schweigend an. Das ist nach dem RG nur Ausnützen eines fremden Irrtums, kein Täuschen. Durch die Annahme des Geldes wird niemand getäuscht. Würde das Geld nicht angenommen, dann wäre die auszahlende Stelle doch getäuscht und geschädigt, weil sie einmal nicht wußte, aus welchem Grunde der Empfänger das Geld nicht angenommen hat, und andererseits das Geld weiter für ihn zur Verfügung halten mußte. Das täuschende Verhalten kann also nur in der Unterlassung der Aufklärung liegen. Das verkennt Sauer, GS 114/296 (1940), der sich auf die Feststellung beschränkt, daß hier gerade das Unterlassen der Mitteilung „strafwürdig“ sei. Dahm, ZStW 59/160 (1940) nimmt zu Unrecht schlüssiges Verhalten, also Tun, an gemäß seinem Grundsatz: „Wo Treu und Glauben ein Reden verlangen, da ist das Schweigen ein positives Tun.“ Richtig zu der ganzen Frage aber Roeder, DStR 1940/13 ff (16).

⁵⁴⁾ Ähnliches gilt in den Fällen, in denen die Erfolgsverursachung durch Tun tatbestandsmäßig aber nicht rechtswidrig ist, ein nachfolgendes Unterlassen der Abwendung des zunächst rechtmäßig herbeigeführten Erfolges aber rechtswidrig ist (der Bestohlene schießt den flüchtenden Dieb in Notwehr nieder und läßt den Wehrlosen, den er leicht retten könnte, verbluten), oder in denen das Tun schuldlos, nachfolgendes Unterlassen aber vorsätzlich oder fahrlässig ist.

⁵⁵⁾ RGSt 76/115.

unzutreffenden Vermerk „richtig“ versehenen Rechnungen ohne Prüfung als „sachlich richtig“ an die Kasse zur Auszahlung weitergeleitet hatte. Der Angeklagte hatte hier aber seine Pflicht nicht dadurch verletzt, daß er es unterließ, einen anderen zu überprüfen, sondern dadurch, daß er erklärte, er habe ihn überprüft, obwohl das nicht der Fall war. Für den Tatbestand der Untreue würde es zwar schon genügt haben, wenn er es seiner Pflicht zuwider unterlassen hätte, einen anderen Angestellten zu überwachen, im konkreten Fall hat er aber den Nachteil des Treuegebers durch positives Tun verursacht⁵⁶⁾.

In einem dem Urteil des Reichsgerichts vom 26. Juni 1925⁵⁷⁾ zugrunde liegenden Fall hatte der Angeklagte geduldet, daß seine Angestellten die Ware so verpackten, daß sie von Fehlern frei zu sein schien, was indessen nicht der Fall war. Außerdem hatte er die durch die irreführende Verpackung unrichtig gewordenen Ladepapiere nicht beanstandet. Der Senat führt aus, Betrug durch Unterlassen liege dann vor, wenn der Angeklagte nur die Beanstandung der Ladepapiere unterlassen, positiv zu ihrer Weiterleitung aber nichts unternommen habe⁵⁸⁾. Ein Betrug durch Tun müsse aber dann angenommen werden, wenn er die falschen Ladepapiere weitergegeben habe. Hier habe er nämlich durch Tun schlüssig zu erkennen gegeben, sie enthielten zutreffende Angaben. Diese Ausführungen des RG decken sich ganz mit der hier vorgetragenen Ansicht über die Möglichkeit und Notwendigkeit der Unterscheidung von Tun und Unterlassen unter sorgfältiger Zerlegung der Handlung.

Schönke-Schröder⁵⁹⁾ betrachten es als eine Beleidigung durch Unterlassen, wenn jemand in einem Brief die Anrede „Herr“ wegläßt. Die Beleidigung wird hier aber durch ein Tun, nämlich durch das Absenden des Briefes begangen. Eine Beleidigung durch Unterlassen begeht, wer einen beleidigenden Brief geschrieben, aber nicht abgeschickt hat, später jedoch seine Sekretärin wissentlich gewähren läßt, wenn sie diesen Brief absendet. Auch wer seine Gedanken in beleidigender Offenheit seinem Tagebuch anvertraut und es zuläßt, daß Besucher in diesem Tagebuch blättern, begeht eine Beleidigung durch Unterlassung⁶⁰⁾.

Unter der Bezeichnung „abgeleitetes Unterlassungsdelikt“ oder „Unterlassungsdelikt in mittelbarer Täterschaft“ behandeln Mezger⁶¹⁾, Sauer⁶²⁾ und Zimmermann⁶³⁾ folgenden Fall: Der rettungswillige Y will sich gerade ins Wasser stürzen, um den ertrinkenden X zu retten, als Z des Weges kommt und Y festhält, so daß er den X nicht retten kann. Dieser ertrinkt. Hier hat ganz offenbar Z den Tod des X durch ein Tun verursacht; denn hätte Z den Y nicht vom Retten abgehalten, so wäre X nicht gestorben. Nach der Ansicht der oben genannten Autoren ist aber dieses Verhalten des Z wertmäßig eine Unterlassung, die nur dann rechtswidrig sein soll, wenn entweder der Z oder der Y dem X

⁵⁶⁾ Bedenklich im entgegengesetzten Sinn RGSt 60 230 (1926). In dieser Entscheidung nimmt das RG ein Tun an, wenn bei einer gemeinsam abzugebenden Erklärung einer der Ehegatten es geschehen läßt, daß der andere über seine Person eine falsche Angabe macht. Hier war nun m. E. nur ein Unterlassen gegeben.

⁵⁷⁾ RGSt 59/299 (besonders S. 305).

⁵⁸⁾ Ähnlich schon die Entscheidung des RG in RGSt 21/107 (1890), in der Betrug durch Tun bei dem Teilnehmer eines Glücksspiels angenommen wurde, der verschwie, daß er Umstände kannte, die das Urteil für ihn nicht als ein Glücksspiel erscheinen ließen. Hierin liegt ein konkludentes Vorspiegeln.

⁵⁹⁾ Schönke-Schröder, Anm. II,1 zu § 185.

⁶⁰⁾ Ähnlich wie der Text das Urteil des RG in RGSt 57/193 ff, besonders S. 196 (1923).

⁶¹⁾ Mezger, Strafrecht, 1933, S. 420.

⁶²⁾ Sauer, Das Unterlassungsdelikt, GS 114/320 (1940).

⁶³⁾ Zimmermann, Zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, NJW 1952/1321, 1322.

gegenüber eine Erfolgsabwendungspflicht haben. Liegt eine solche Erfolgsabwendungspflicht weder bei Z noch bei Y vor, so sei Z nicht wegen der Tötung des X strafbar. Wollte man dieser Ansicht folgen, so wäre Z z. B. dann nicht wegen Tötung strafbar, wenn Y nur aus purer Menschenfreundlichkeit oder in Erfüllung seiner Hilfeleistungspflicht aus § 330c den Erfolg abwenden wollte⁶⁴). In Wirklichkeit begeht Z natürlich auch im letzteren Falle eine Tötung durch Tun⁶⁵).

Die angeführten Beispiele ergeben wohl mit hinreichender Deutlichkeit, daß sich durch eine genaue Aufgliederung der Verhaltensweisen in Körperbewegung und Körperruhe regelmäßig feststellen läßt, ob die strafrechtliche Untersuchung an ein Tun oder an ein Unterlassen anknüpfen muß. Während die Gerichte und Rechtslehrer, die bei den bisher erörterten Beispielen zu einem von der hier verfochtenen Meinung abweichenden Ergebnis gekommen sind, die Aufgliederung des Verhaltenskomplexes nicht vorgenommen haben, ist jetzt noch auf diejenigen Entscheidungen⁶⁶) und Literaturstellen⁶⁷) einzugehen, die zwar die Verhaltensweisen richtig aufgliedern, den Anknüpfungspunkt für die strafrechtliche Untersuchung aber durchweg nicht im Tun sondern in einem begleitenden Unterlassen finden. Es handelt sich dabei ausnahmslos um Fälle fahrlässiger Erfolgsverursachung. Das ist kein Zufall; denn wer durch fahrlässiges Tun einen Erfolg herbeigeführt hat, hat in der Tat auch immer etwas unterlassen. Der fahrlässig Handelnde will den Erfolg nicht, er hat mit seinem Tun etwas anderes, in der Regel etwas Rechtmäßiges, bezweckt. Er hat aber notwendige Vorsichtsmaßnahmen außer Acht gelassen. An diese unterlassenen Vorsichtsmaßnahmen knüpfen die genannten Entscheidungen und Literaturstellen an. Wäre dieser Anknüpfungspunkt richtig, so müßten folgerichtig alle oder jedenfalls fast alle Fahrlässigkeitsdelikte Unterlassungsdelikte sein. Das ist aber nicht der Fall. Die Vertreter dieser Ansicht übersehen, daß das Gewicht nicht auf der unterlassenen Vorsichtsmaßnahme liegt, sondern darauf, daß trotz der unterlassenen Vorsichtsmaßnahmen gehandelt worden ist. Dazu kommt, daß sie nicht zunächst Kausalität, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld des Verhaltens prüfen, sondern sogleich von der Fahrlässigkeit selbst, die sie eben in einem Unterlassen, der Außerachtlassung der notwendigen Sorgfalt, sehen, ausgehen. Sie prüfen also, ob die Fahrlässigkeit kausal, tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft war: ein evidenter Verstoß gegen das auch von ihnen anerkannte System, demzufolge das menschliche Verhalten der Anknüpfungspunkt der Untersuchung sein muß⁶⁸).

Dazu einige Beispiele:

Eberhard Schmidt meint, daß der Arzt, der den Operationsschnitt vornimmt, ohne zuvor eine an der Schnittstelle liegende Ader abgebunden zu haben, und damit den Tod des Patienten durch Verbluten herbeiführt, den Erfolg nicht

⁶⁴) So jedenfalls Mezger, S. 420. — Sauer, GS 114/320, und Zimmermann, NJW 1952/1322, wollen Z auch in diesem Fall wegen Tötung bestrafen; ihr Ergebnis läßt sich aber nicht einleuchtend begründen, solange man Zs Verhalten als ein Unterlassen ansieht.

⁶⁵) Darauf weist Welzel, Zur Dogmatik der echten Unterlassungsdelikte, insbesondere des § 330c StGB, NJW 1953/327 ff., bes. S. 329, zu Recht hin und widerlegt damit Mezger, Strafrecht, 1933, S. 420, der sagt, die Konstruktion dieser Fälle als Handlungs- oder Unterlassungsdelikte sei für das Ergebnis gleichgültig.

⁶⁶) RGSt 15/151 ff (1886); 63/211 ff (1929).

⁶⁷) Niethammer, Strafbares Unterlassen, ZStW 57/441 (1938); E. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 78, 79 (1939); Günther Hartung, Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht, Strafrechtl. Abhandlungen, Heft 404, S. 45 (1939); Mezger, Studienbuch, Allg. Teil, 1955, S. 70.

⁶⁸) Mezger, Studienbuch, Allg. Teil, 1955, S. 56 f.

durch die Vornahme des Schnittes, sondern durch das Unterlassen des Abbindens verursacht habe⁶⁹⁾.

Das Reichsgericht sieht die Verhaltensweise des Apothekers, der auf ein abgelaufenes Rezept eine Arznei angefertigt und dem Kranken ausgehändigt hat, ohne zuvor bei dem Arzt Rückfrage zu halten, „nicht sowohl in der positiven Handlung der Erneuerung der Arznei als vielmehr in der Unterlassung“, sich über das Vorliegen der ärztlichen Genehmigung zu vergewissern⁷⁰⁾. Daran anschließend prüft das RG den Kausalzusammenhang „dieser schuldhaften Unterlassung“ mit dem Vergiftungstod des Patienten.

Die Übergabe nicht desinfizierter Ziegenhaare durch einen Pinselfabrikanten an seine Arbeiter, die darauf an einer Milzbrandinfektion sterben, ist nach dem Reichsgericht eine Unterlassung⁷¹⁾. Es prüft auch hier, ob „die Fahrlässigkeit“ oder „das schuldhafte Verhalten“ des Angeklagten den Tod der Arbeiter herbeigeführt hat. Mezger, der in dem Verhalten des Pinselfabrikanten ebenfalls ein Unterlassen sieht, benützt diesen Fall, um zu zeigen, daß man ein Verhalten nicht in Körperbewegung und Körperruhe aufteilen dürfe, sondern prüfen müsse, wogegen sich der rechtliche Vorwurf richte⁷²⁾.

Niethammer und E. Schmidt⁷³⁾ legen der Mutter, die beim Hausputz einen Bottich mit heißem Wasser auf den Boden stellt, so daß ihr kleines Kind ihn erreichen kann, hineinfällt und sich tödlich verletzt, zur Last, daß sie es fahrlässig unterlassen habe, das Kind fernzuhalten.

Niethammer und Hartung⁷⁴⁾ werfen der Hausfrau, die ihrer Hausangestellten eine schadhafte Leiter zur Verfügung stellt, von der das Mädchen abstürzt und sich das Genick bricht, vor, sie habe den Tod des Mädchens durch Unterlassen verursacht, weil sie entgegen ihrer Rechtspflicht aus dem Dienstvertrag das Arbeitsgerät nicht in Ordnung gehalten habe⁷⁵⁾.

In den eben dargestellten fünf Beispielen muß die strafrechtliche Beurteilung richtigerweise an das hier schon nach der natürlichen Betrachtung im Vordergrund stehende Tun anknüpfen. Der Schnitt mit dem Operationsmesser, die Ausgehändigung der Arznei, die Übergabe der Ziegenhaare, das Niederstellen des Wasserbottichs und das Zurverfügungstellen der schadhafte Leiter sind Kör-

⁶⁹⁾ Der Arzt im Strafrecht, 1939, S. 160/161.

⁷⁰⁾ RGSt 15/151 ff, besonders 152/153, (1886). Ausführlich zu dieser Entscheidung schon Spengel, Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte, 1948, S. 50 ff, dessen Beurteilung der Entscheidung voll beizutreten ist.

⁷¹⁾ RGSt 63/211 ff, besonders 213/214, (1929). Das RG sagt zwar nicht ausdrücklich, daß es in dem Verhalten des Pinselfabrikanten ein Unterlassen sieht, es geht aber mittelbar aus der Entscheidung hervor. Vgl. dazu die überzeugenden Darlegungen Spengels, Die Kausalitätsformel..., 1948, S. 57/58, und die dort zitierte Literatur. Neuerdings auch BGHSt 2/24 (1951).

⁷²⁾ Mezger, Studienbuch, Allg. Teil, 1955, S. 70.

⁷³⁾ Niethammer, Strafbares Unterlassen, ZStW 57/441 (1938); E. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 78/79 (1939), mit dem Unterschied, daß die Mutter nicht einen Bottich mit heißem Wasser sondern eine Schale mit Fliegengift auf den Boden stellt.

⁷⁴⁾ Niethammer, Strafbares Unterlassen, ZStW 57/441 (1938); Günther Hartung, Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht, Strafrechtl. Abhdl., Heft 404, S. 45 (1939).

⁷⁵⁾ Hartung benützt diesen Fall, um daran — übrigens durchweg unzutreffend — die verschiedenen, voneinander abweichenden Lösungen der Anhänger verschiedener Rechtspflichtlehren darzulegen. Rechtspflichttheorie und RG, so meint er, kämen bei nichtigem Dienstvertrag zum Freispruch, bei gültigem Dienstvertrag zur Verurteilung nach § 222. Nagler, Drost und Schaffstein müßten in jedem Fall freisprechen. Hartung selbst will § 330c anwenden. — Es kann indessen kein Zweifel daran bestehen, daß sowohl damals wie heute Rechtsprechung und Literatur unabhängig von der Gültigkeit des Dienstvertrages eine fahrlässige Tötung, begangen durch die Hausfrau, annehmen würden.

perbewegungen⁷⁶⁾. Es ist jeweils zu prüfen, ob sie für die eingetretenen Erfolge kausal, ob sie tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft sind. In allen Fällen wird der methodische Fehler gemacht, ein Verhalten, von dem noch nicht feststeht, ob es überhaupt für den Erfolg kausal ist, rechtlich zu werten⁷⁷⁾ oder gar mit einer Schuld zu behaften⁷⁸⁾. Man kann aber nicht prüfen, ob ein schuldhaftes Verhalten kausal und rechtswidrig ist, sondern nur, ob ein kausales, tatbestandsmäßiges und rechtswidriges Verhalten auch schuldhaft ist; denn die Schuld ist die Beziehung des Täters zu der tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Erfolgsherbeiführung und nicht zu der bloßen Körperbewegung und Körperruhe⁷⁹⁾. Man kann auch keine Feststellung darüber treffen, gegen welche Verhaltensweise „sich der rechtliche Vorwurf“ richtet, bevor nicht Kausalität und Tatbestandsmäßigkeit der in Frage kommenden Verhaltensweise feststehen. Der rechtliche Vorwurf richtet sich natürlich nicht gegen rechtmäßige Handlungen. Warum aber der Operationsschnitt durch eine nicht abgebundene Schlagader, die Übergabe nicht desinfizierter giftiger Ziegenhaare zum Verarbeiten, das ein Kleinkind gefährdende Hinstellen heißen Wassers und die Anweisung, eine schadhafte Leiter zu benützen, rechtmäßig sein sollen, ist nicht einzusehen. Wenn E. Schmidt meint, Hausputz und Operation seien nützliche Tätigkeiten, die als solche nicht Anknüpfungspunkt einer strafrechtlichen Untersuchung sein könnten, die „soziale Sinnbedeutung“ bestehe in der Nichtabwendung der durch Hausputz oder Operation verursachten Gefahren⁸⁰⁾, so ist dem entgegenzuhalten, daß ein Hausputz, der Menschenleben gefährdet, und eine Operation, die ohne die notwendigen Sicherungsmaßnahmen vorgenommen wird, in dieser konkreten Ausgestaltung eben keine nützlichen, sondern unerwünschte und rechtswidrige Tätigkeiten sind.

In den fünf Beispielen, in denen der strafrechtliche Anknüpfungspunkt, wie dargelegt worden ist, jeweils ein Tun ist, könnte die strafrechtliche Beurteilung nur dann auf ein Unterlassen zurückgeführt werden, wenn das Tun schuldlos wäre. Wenn z. B. im Ziegenhaarfall der Pinselfabrikant schuldlos nichts von der Gefährlichkeit der Ziegenhaare gewußt hätte, wäre sein Tun, die Hingabe der Haare zur Verarbeitung, nicht fahrlässig gewesen. Sein Unterlassen könnte der Anknüpfungspunkt strafrechtlicher Untersuchung dann sein, wenn er später von der Gefährlichkeit erfahren, seine Arbeiter aber nicht gewarnt hätte. Ebenso wäre im Hausputzfall der Anknüpfungspunkt dann ein Unterlassen der Mutter, wenn sie vor Beginn der Arbeit das Kind zu einer Nachbarin gebracht hätte und vor Beendigung des Hausputzes das Kind unerwartet zurückgekommen wäre. In diesem Falle wäre es zunächst nicht fahrlässig gewesen, den Bottich mit heißem Wasser auf den Boden zu stellen; fraglich und zu prüfen wäre aber, ob die Mutter nicht nach Rückkehr des Kindes die Vornahme von Vorsichtsmaßnahmen, die das Kind gerettet haben würden, fahrlässig unterlassen hat. Schließlich könnte auch im Leiterfall der Anknüpfungspunkt ein Unterlassen sein, wenn die Hausangestellte die schadhafte Leiter aus eigenem Antrieb in Benutzung genommen hätte und dabei von der den Mangel der Leiter kennenden Hausfrau beobachtet und nicht gewarnt worden wäre.

⁷⁶⁾ Darauf hat richtig schon Spengel hinsichtlich der beiden RG-Entscheidungen hingewiesen, *Die Kausalitätsformel* . . . , 1948, S. 51, 57, 58, mit weiteren Hinweisen. Richtig auch die Lösung S. 73. Ebenfalls zutreffend im Ergebnis Maurach, *Allg. Teil*, 1954, S. 170.

⁷⁷⁾ Mezger, *Studienbuch, Allg. Teil*, 1955, S. 70.

⁷⁸⁾ RGSt 15/152 und 63/213.

⁷⁹⁾ Das ist unbestritten. Vgl. Mezger, *Strafrecht*, 1933, S. 247/248; Frank, *Anm. II* vor § 51 (1931).

⁸⁰⁾ E. Schmidt, *Der Arzt im Strafrecht*, 1939, S. 79, 160 und 161.

Als Ergebnis der Untersuchung ist festzuhalten:

a) Tun und Unterlassen sind nichts anderes als Körperbewegung und Körperruhe. Die Verquickung von Rechtswidrigkeits- und Schuldüberlegungen mit der Ermittlung der Verhaltensweise ist methodisch falsch und führt notwendig zu widerspruchsvollen Ergebnissen.

b) Ob bei einem Handlungskomplex die Straffolge an ein Tun oder an ein Unterlassen anknüpft, läßt sich nur durch Zerlegung des Gesamtverhaltens in Teilakte der Körperbewegungen und Körperruhe sowie durch Prüfung jedes einzelnen Verhaltensteiles auf seine Kausalität für den Erfolg, auf seine Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit feststellen⁸¹⁾.

Wir sind davon ausgegangen, daß eine Handlung im Sinne des Strafgesetzes ein Verhalten voraussetzt, das entweder aus einer willkürlichen Körperbewegung (Tun) oder aus willkürlicher Körperruhe (Unterlassen) besteht. Dieser Handlungsbegriff ist herrschend⁸²⁾. Auch diejenigen Rechtslehrer, die den „naturalistischen“ Handlungsbegriff ablehnen und einen objektiv-finalen Handlungsbegriff vertreten, sagen praktisch nichts anderes⁸³⁾. Diesem heute jedenfalls noch herrschenden Handlungsbegriff steht der finale Handlungsbegriff gegenüber, in den der Vorsatz bereits mit einbezogen ist⁸⁴⁾. Danach handelt nur, wer entweder durch sein Tun einen Erfolg herbeiführen oder durch sein Unterlassen einen Erfolgseintritt nicht hindern will. Der Rahmen dieser Arbeit verbietet es, auf den Streit um den Handlungsbegriff näher einzugehen. Das zu behandelnde Problem wird auch praktisch nicht davon beeinflußt, welcher Handlungsbegriff Anwendung findet. Ob nämlich der Vorsatz schon als Bestandteil des objektiven Tatbestandes angesehen wird oder nicht, ändert nichts an der Erfassung eines Verhaltens als eines Tuns oder als eines Unterlassens und an dem Vorhandensein einer Rechtspflicht, einen Erfolg zu verhindern.

⁸¹⁾ Sind von einem Verhaltenskomplex mehrere Verhaltensweisen kausal, tatbestandsmäßig und rechtswidrig sowie schuldhaft, dann bestimmt sich ihr Verhältnis zueinander nach Konkurrenzgesichtspunkten.

⁸²⁾ Wegner, Strafrecht, Allg. Teil, 1951, S. 7; Schönke-Schröder, Vorbem. III vor § 1 (1954).

⁸³⁾ Mezger, Studienbuch, Allg. Teil, 1955, S. 44 ff.

⁸⁴⁾ Welzel, 3. Auflage, 1954, S. 28 ff; Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 1954, S. 139 ff.

II. Die Kausalität der Unterlassung

Ein menschliches Verhalten ist strafrechtlich nur dann von Bedeutung, wenn es entweder — wie beim vollendeten Delikt — einen strafrechtlich wesentlichen Erfolg verursacht hat oder doch — wie beim strafbaren Versuch — einen solchen Erfolg verursachen sollte. Die Ausnahme von dieser Regel bilden die wenigen gesetzlichen Tatbestände, die durch ein Verhalten selbst, ohne irgendeine Beziehung zu einem Erfolg, erfüllt werden⁸⁵⁾. Das sind die „schlichten Tätigkeits-“ oder die „echten Unterlassungsdelikte“, die vorläufig außer Betracht bleiben können. Für die meisten Delikte wird jedenfalls außer dem menschlichen Verhalten ein Erfolg gefordert, für dessen Eintritt das Verhalten kausal sein muß.

Im folgenden Abschnitt soll dargestellt werden, wie die Verknüpfung zwischen Unterlassen und Erfolg beschaffen sein muß, damit sie das Erfordernis der strafrechtlichen Kausalität erfüllt. Zuerst soll geprüft werden, ob die Unterlassung überhaupt kausal sein kann. Nach der Bejahung dieser Frage wird geprüft werden, wann die Unterlassung kausal ist.

1. Kann die Unterlassung kausal sein?

Graf zu Dohna⁸⁶⁾ und Welzel⁸⁷⁾ vertreten die Ansicht, daß die Kausalität im Sinne des Strafgesetzes unmittelbar nur für das Tun gedacht sei. Bei einer Unterlassung werde der Täter gerade deswegen zur Verantwortung gezogen, weil er für die Abwendung des Erfolges nicht kausal geworden sei. Das Strafgesetz verlangt nun aber z. B. in § 222, daß der Täter durch sein Verhalten den Erfolg verursacht hat (also kausal geworden ist). Graf zu Dohna und Welzel müßten folgerichtig zum Ergebnis kommen, daß niemand, der es fahrlässig unterläßt, einen anderen aus Lebensgefahr zu retten, wegen fahrlässiger Tötung bestraft werden könnte. Eine Analogie zuungunsten des Täters ist nicht zulässig; auch auf diesem Wege könnte man also nicht zu einer Bestrafung kommen. Strafflosigkeit will aber verständlicherweise niemand annehmen, und es ist auch nicht wahrscheinlich, daß der Gesetzgeber sich auf das Verbot erfolgsherbeiführender Tätigkeiten hat beschränken wollen. Mithin umfaßt „verursachen“ in § 222 auch die Verbindung zwischen Unterlassen der Erfolgsabwendung und Erfolg. Ein Erfolg kann sowohl durch Tun wie durch Unterlassen verursacht werden. Daß der Unterlassungstäter die Erfolgsabwendung nicht verursacht, worauf Graf zu Dohna und Welzel abstellen, trifft zwar auch zu, das Gesetz verlangt aber die Verursachung des Erfolges, zu der die Nichtverursachung der Erfolgsabwendung gehört. Der Unterlassende wird nicht kausal für die Abwendung des Erfolges, deshalb ist er kausal für den Erfolg. Im naturalistischen Sinne, das muß Graf zu Dohna und Welzel allerdings zugegeben werden, ist die Unterlassung nicht kausal. Man darf sich die Kausalität aber nicht „physikalisch“ vorstellen⁸⁸⁾, sondern muß sie als die Verknüpfung der Geschehnisse im sozialen Leben sehen. Legt man diese soziale Verursachung im Strafrecht zugrunde, so muß man nicht, wie die Vertreter des naturalistischen Kausalbegriffs, die ja ebenfalls an das Unterlassen strafrechtliche Folgen knüpfen möchten, eine

⁸⁵⁾ Ein bloßes Tun ohne äußeren Erfolg genügt z. B. im Falle des § 245a (Besitzen von Diebeswerkzeug) und bei nicht wenigen Übertretungstatbeständen, ein bloßes Unterlassen genügt in den Fällen der §§ 116, 123 (2. Alternative), 138, 143 und 330c.

⁸⁶⁾ Aufbau der Verbrechenslehre, 1936, S. 12; Zur Lehre von den Kommissivdelikten durch Unterlassen, DStR 1939/142 ff.

⁸⁷⁾ 3. Auflage, 1954, S. 151/152.

⁸⁸⁾ H. Mayer (1953), S. 113, sagt zu unserem Problem, das Recht wolle nicht „in einer seltsamen Physikstunde eine etwas kindliche Mechanik dozieren.“

gewagte teleologische Auslegung des Gesetzes dahin vornehmen⁸⁹⁾, daß die gesetzlichen Tatbestände, die eine Verursachung fordern, im Wege der Auslegung auch auf diejenigen Unterlassungen auszudehnen seien, die im Wege eines „hypothetischen Kausalurteils“⁹⁰⁾ mit dem Erfolge verknüpft seien. Eine derartige Auslegung hält H. Mayer⁹¹⁾ mit Recht für einen Verstoß gegen das Analogieverbot. Wäre es richtig, daß das Gesetz unmittelbar nur auf Verhaltensweisen, die in einem Tun bestehen, Anwendung fände, so ließe sich H. Mayers Einwand nichts Stichhaltiges entgegensetzen.

Mit Recht stehen daher die Rechtsprechung⁹²⁾ und die in der Literatur herrschende Meinung⁹³⁾ auf dem Standpunkt, daß die vom Gesetz verlangte Verursachung sowohl durch ein Tun wie durch ein Unterlassen bewirkt werden könne. Gerade weil das menschliche Verhalten, sei es nun Tun oder Unterlassen, steuernd in das Getriebe der Welt eingreift, ist es geradezu unrichtig, einem Teil dieses Verhaltens die Verursachungswirkung abzuerkennen. Es gibt kaum einen Erfolg, bei dem nicht menschliches Tun und Unterlassen zusammengewirkt hätten. Es geht nicht an, nur eine mechanisch-naturalistische Verursachung gelten zu lassen, während in Wahrheit weltbewegende Geschehnisse durch willkürliche Körperruhe ausgelöst werden.

Der Unterschied zwischen den Verhaltensweisen Tun und Unterlassen liegt nicht in ihrer Fähigkeit, irgendein Ereignis zu bewirken. Tun und Unterlassen unterscheiden sich vielmehr darin, daß in aller Regel die für ein tätiges Verhalten nötige Willensanspannung stärker ist als die für ein passives Geschehenlassen erforderliche. Diese generell unterschiedliche subjektive Seite von Tun und Unterlassen bedingt eine unterschiedliche objektive Bewertung, ändert aber nichts an der gleichartigen Bewirkung von Erfolgen durch die beiden Verhaltensweisen.

2. Wann ist die Unterlassung kausal?

Da hiernach nun feststeht, daß auch die Unterlassung kausal sein kann, ist zu prüfen, wann sie für einen Erfolg kausal ist.

Dabei ist zuerst die Arbeitsweise zu entwickeln, mit der man die kausale Verknüpfung von Unterlassen und Erfolg ermitteln kann. Sodann ist zu fragen, welche der Kausalitätstheorien Anwendung finden soll. Schließlich bedarf es der Erörterung der Frage, welcher Grad von Wahrscheinlichkeit zur Feststellung der Kausalität bei den unechten Unterlassungsdelikten erforderlich ist.

a) Wie läßt sich die Verknüpfung von Unterlassen und Erfolg feststellen?

Wir haben oben gesehen, daß ein Verhalten nur gegeben ist, wenn sich die in Frage kommende Person überhaupt anders verhalten konnte, als sie sich verhalten hat. Konnte sie sich anders verhalten, dann — und nur dann — kann

⁸⁹⁾ Vgl. Graf zu Dohna, *Aufbau der Verbrechenslehre*, 1936, S. 12; Zur Lehre von den Kommissivdelikten durch Unterlassung, *DStR* 1939/142 ff; Welzel, 3. Auflage, 1954, S. 151/152.

⁹⁰⁾ Welzel, 3. Auflage, 1954, S. 151.

⁹¹⁾ H. Mayer, 1953, S. 120.

⁹²⁾ *RGSt* 39/397 (1906), 63/394 (1930), in *HRR* 1936 Nr. 772, *HRR* 1938 Nr. 1660, *DR* 1940/1519, *RGSt* 75/50 (1940); *BGHSt* 3/62 (1952), 4/20 (1953), 6/1 ff (1954).

⁹³⁾ M. E. Mayer, 1923, S. 150; Frank, 1931, *Anm. IV zu § 1*; Liszt-Schmidt, 1932, S. 172; v. Hippel, *Lehrbuch*, 1932, S. 97, 100; E. Schmidt, *Der Arzt im Strafrecht*, 1938, S. 78; Bruns, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*, 1938, S. 268; Sauer, *GS* 114/295 (1940); Roeder, *Zur Lehre vom „Negativen Betrug“*, *DStR* 1940/9; Olshausen, 1942, *Anm. 15 vor § 47*; v. Weber, 1948, S. 61; Vogt, *ZStW* 63/390 (1951); Wegner, 1951, S. 101, 102; Schwarz, 1954, *Anm. 3 D vor § 1*; Maurach, *Allg. Teil*, 1954, S. 176; Nagler-Mezger in *LK*, 1954, *Anhang zur Einleitung 2, B IIa*; Schönke-Schröder, 1954, *Vorbem. VII, 3 vor § 1*.

geprüft werden, ob ihr tatsächliches Verhalten für den eingetretenen Erfolg kausal war. Auf einem Unterlassen kann aber ein Erfolg nur dann beruhen, wenn der Unterlassende die Möglichkeit gehabt hat, den Erfolg abzuwenden. Das soll an Hand einiger Beispiele erläutert werden.

Die Mutter verwendet auf dem Flüchtlingstreck einige Decken, in die sie ihr Kind einwickeln könnte, für sich selbst. Das Kind erfriert. Es wäre aber infolge der Kälte, gegen die auch die Decken keinen ausreichenden Schutz mehr gewährt hätten, zur gleichen Zeit erfroren, wenn die Mutter es in die Decken gewickelt gehabt hätte. Auf dem Treck bestand eben keine Möglichkeit, das Kind zu retten. Hier fehlt folglich die Kausalität zwischen dem Verhalten der Mutter und dem Tod des Kindes⁹⁴).

Bei den Synagogenbrandstiftungen durch die Verbände des nationalsozialistischen Staates im Jahre 1938 rückten verschiedene Feuerwehrbereitschaften aus, um die Brände zu bekämpfen⁹⁵). An der Brandstelle sahen sie sich bewaffneten SA-Männern und Beamten der Gestapo gegenüber, die ihnen jede Löschfähigkeit untersagten. Die unbewaffneten Feuerwehrleute unterließen daraufhin die Versuche zu löschen, weil sie wußten, daß sie sich gegen diese Übermacht nicht würden durchsetzen können. Auch hier fehlt die Kausalität zwischen dem Weiterbrennen der Synagoge und der Untätigkeit der Feuerwehr. Der OGH drückte sich mißverständlich aus, indem er feststellte: „Die Rechtspflicht besteht nur als sinnvolle Pflicht“⁹⁶). Zur Prüfung einer Rechtswidrigkeit konnte das Gericht mangels Kausalität des Verhaltens der Feuerwehrleute gar nicht vordringen.

Wenn auf einem gemeinsamen Spaziergang die Ehefrau verunglückt und ihr Mann ihr nicht hilft, so ist dieses Verhalten bei einem eventuellen Tod der Frau für den Todeserfolg nur kausal, wenn der Ehemann durch die Hilfe, die er zu leisten imstande war, den Tod abwenden konnte. Hier gibt es mehrere Möglichkeiten. Entweder war die Verletzung derart, daß niemand den Tod hätte verhindern können. Oder aber die Verletzung hätte bei sofortiger ärztlicher Behandlung (z. B. kunstgerechtem Abbinden der verletzten Schlagader) nicht zum Tode geführt. Hier war also die Erfolgsabwendung einigen Menschen möglich, den anderen aber nicht. Die erfolgsabwendende Hilfeleistung kann aber nur bei denjenigen Menschen hinzugedacht werden, die über die notwendigen medizinischen Kenntnisse verfügten, bei den übrigen führt das Hinzudenken der ihnen möglichen, zur Erfolgsabwendung im konkreten Fall nicht geeigneten Hilfeleistung nicht zur Erfolgsabwendung⁹⁷). In anderen Fällen wieder ist die Sachlage so, daß nahezu jedem Menschen die Erfolgsabwendung möglich wäre, nur gerade dem Unterlassenden ist sie infolge seiner besonderen geistigen oder körperlichen Unfähigkeit unmöglich. Auch hier kann ein erfolgsabwendendes, die Kausalität begründendes Verhalten dieses Menschen nicht hinzugedacht werden.

⁹⁴) v. Weber, Grundriß des deutschen Strafrechts, 1948, S. 123, will die Mutter, obwohl ihr die Rettung des Kindes offenbar unmöglich war, nur entschuldigen.

⁹⁵) OGHSt 1/316 ff (1949).

⁹⁶) Der OGH findet zwar den ersten Grund für den Freispruch auch in der Unmöglichkeit des Löschens (S. 316/317), vermengt aber anschließend die Kausalität mit der Rechtspflicht (S. 318).

⁹⁷) Vgl. hierzu auch die gründlichen Darlegungen Naglers und Mezgers in LK, Anh. zur Einleitung 2, B IIa, in denen namentlich mit Recht darauf hingewiesen wird, daß schon bei der Prüfung der Kausalität die individuellen Möglichkeiten des Unterlassenden geprüft werden müssen.

Man findet in der Rechtsprechung⁹⁸⁾ und Literatur⁹⁹⁾ Beispiele, in denen, obwohl bereits ein Verhalten fehlt, erst die Kausalität, dann Tatbestandsmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit untersucht und nacheinander verneint werden. Selbstverständlich kann ein Nicht-Verhalten niemals für einen Erfolg kausal sein, eine nicht kausale Handlung kann keine tatbestandsmäßige Erfolgsherbeiführung sein, und der Verzicht auf ein rechtmäßiges Handeln ist nicht zumutbar. Es ist aber nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch von größter Wichtigkeit, festzustellen, welcher Teil der Straftat: Verhalten, Kausalität, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit oder Verschulden, im Einzelfall fehlt. Auf die Entscheidung darüber nämlich, welcher Teil des gesetzlichen Tatbestandes nicht erfüllt ist, kommt es sowohl für den Täter — der schuldlos rechtswidrig Handelnde z. B. kann Opfer einer Notwehraktion des Geschädigten sein — als auch für den Teilnehmer — der z. B., wenn der Täter schuldlos, aber rechtswidrig handelt, bestraft werden kann — entscheidend an.

Halten wir als bisher gewonnenes Ergebnis fest:

1. Wo im konkreten Fall ein anderes Verhalten der in Frage kommenden Person überhaupt nicht möglich war, fehlt es bereits an einer Handlung; hier liegt weder ein Tun noch ein Unterlassen vor.

2. Wo ein anderes Verhalten der in Frage kommenden Person zwar möglich war, an dem Eintritt des Erfolges aber nichts hätte ändern können, fehlt es an der Kausalität des Verhaltens für den Erfolg.

b) Welche Kausalitätstheorie muß Anwendung finden?

Die in Rechtsprechung und Literatur weitaus herrschende Kausalitätstheorie ist die Äquivalenztheorie¹⁰⁰⁾. Von ihr geht auch diese Arbeit aus. Die von den Vertretern der Adaequanz-¹⁰¹⁾ oder Relevanztheorie¹⁰²⁾ gegen die Äquivalenztheorie erhobenen Einwände vermögen nicht zu überzeugen.

Jeder Erfolg setzt sich aus zahlreichen Ursachen zusammen. Teils sind die Ursachen naturbedingt — wie z. B. starker Nebel als Ursache eines Auto-unfalls —, teils beruhen die Ursachen auf menschlichem Verhalten. Sowohl menschliches Tun wie menschliches Unterlassen können für einen Erfolg ursächlich sein. An jedem Erfolg wirken unzählige Menschen mit. Allein aus diesem Mitwirken ergibt sich keine Vermutung für die Strafbarkeit des Mitursächlichen. Die einzige Feststellung, die getroffen werden kann, ist die, daß derjenige, dessen Verhalten für einen bestimmten Erfolg nicht ursächlich war, als Täter der Erfolgsherbeiführung nicht in Frage kommt¹⁰³⁾. Es ist ja nicht so, daß man beim Vorliegen eines strafrechtlich relevanten Erfolges alle Ursachen

⁹⁸⁾ Vgl. das schon zitierte OGH-Urteil, OGHSt 1316 (1949), in dem sich der OGH, wie dargestellt worden ist, mißverständlich ausgedrückt hat. Unklar äußert sich zu dieser Frage auch der BGH in BGHSt 6/46 ff., vor allem S. 57 (1954).

⁹⁹⁾ Vgl. den oben erwähnten Fall bei v. Weber (1948), S. 123; sowie die oben erwähnte Stellungnahme Maurachs zu dem Urteil des RG in RGSt 75/355 (Allg. Teil, 1954, S. 173).

¹⁰⁰⁾ M. E. Mayer, 1923, S. 141; Graf zu Dohna, Aufbau der Verbrechenlehre, 1936, S. 13; Niethammer, ZStW 57/436 (1938); v. Weber, 1948, S. 61; Mühlmann-Bommel, Das Strafgesetzbuch, 1949, Anm. 3 f 2 zu § 1; Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 86, 151; Schönke-Schröder, 1954, Vorbem. VII.3. RGSt 63/393 (1930), 75/50 (1940), RG in DR 1940 1519; BGHSt 3/62 (1952), 4/20 und 360 (1953), 6/1 ff (1954) und 7/114 (1955).

¹⁰¹⁾ v. Hippel, Lehrbuch, 1932, S. 97; Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 1954, S. 177.

¹⁰²⁾ Mezger, Studienbuch, Allg. Teil, 1955, S. 65 ff.

¹⁰³⁾ Er kann freilich immer noch nach den Vorschriften über den Versuch und (wenn man eine kausalitätslose Beihilfe für möglich hält) die Beihilfe strafbar sein.

desselben aufspürt und jeden Menschen, der diese Ursachen gesetzt oder ihre Setzung nicht verhindert hat, als potentiell Verantwortlichen betrachtet¹⁰⁴). Im ernsthaften Tatverdacht stehen vielmehr nur die zwei oder drei Personen aus den zahlreichen, oft unzähligen, für den Erfolg kausal gewordenen Menschen, die nach natürlicher und vorerst notwendig oberflächlicher Anschauung als Täter etwa in Betracht kommen. Beim Autounfall z. B. steht der Fahrer im Verdacht, sich strafbar gemacht zu haben; in aller Regel denkt niemand an seine Eltern, den Autokonstrukteur, die Arbeiter der Autofabrik, den Verkäufer des Autos, den Freund, der zu dem Kauf riet, den Bankier, der zum Kauf einen Kredit einräumte, und alle die anderen, die sonst noch kausal für den Unfall gewesen sein mögen.

Wenn nicht ganz besondere Umstände vorliegen, die eine Allein- oder Mitverantwortung eines entfernt Kausalen nahelegen — etwa: der Zusammenstoß, der zum Unfall geführt hat, ist offensichtlich auf das Versagen der Bremsen des am Vortag aus der Generalüberholung zurückgenommenen Kraftfahrzeuges zurückzuführen —, so prüft man nur bei dem Fahrer — also der Person, der allein vielleicht ein strafrechtlicher Vorwurf gemacht werden kann — in der exakten Untersuchung zuerst die Kausalität seines Verhaltens für den Erfolg. Die Bejahung der Kausalität ist dann die Voraussetzung für die Prüfung der Rechtswidrigkeit und Schuld. Deswegen müssen die Gegner der Äquivalenztheorie andere Argumente aufführen als das, der Kreis der Täter werde bei Anwendung der Äquivalenztheorie unendlich ausgeweitet¹⁰⁵).

Die Adaequanz- und die Relevanztheorie sind aus der an sich zutreffenden Überlegung entstanden, daß eine Reihe offenbar nicht strafwürdiger Lebenssachverhalte bei Anwendung der Äquivalenztheorie an sich strafbar sein müßten. Man denke an folgende Fälle: Der Bauer schickt seinen Knecht bei Gewitter aufs Feld, in der Hoffnung, daß der Blitz den Knecht erschlägt. Das geschieht. Der Neffe verleitet den reichen Erbonkel zu einer Weltreise, die naturgemäß mehr Gefahren für Leben und Gesundheit des Onkels heraufbeschwört als das Leben auf dem Lande. Der Onkel kommt, wie erhofft, ums Leben. Die Eltern schicken ihr Kind täglich auf die Straße zum Spielen in der Hoffnung, daß es dort durch die Unvorsichtigkeit der Verkehrsteilnehmer oder durch eigenes Verschulden umkomme. Ihre Hoffnung erfüllt sich. In allen diesen Fällen ist das Verhalten der Täter nach der Äquivalenztheorie für den Erfolg kausal. Es ist auch tatbestandsmäßig, da nach richtiger Ansicht „töten“ nicht anderes heißt als „den Tod verursachen“. Rechtfertigungsgründe liegen nicht vor, Vorsatz ist gegeben. Ebenso sicher ist aber, daß man die betreffenden Täter nicht wegen vorsätzlicher Tötung bestraft.

¹⁰⁴) Sehr richtig betont das Niethammer, ZStW 57/436 (1938).

¹⁰⁵) Wilhelm Schwarz, Die Kausalität bei den sogenannten Begehungsdelikten durch Unterlassung, 1929, Strafrechtl. Abhandlungen 254/107, findet es untragbar, daß X in New York beim Diebstahl des Y in Berlin mitgewirkt habe, weil er zur Tatzeit nicht mit Y Karten gespielt habe. Diese gedankliche Spielerei hat gar keinen praktischen Sinn; denn aus diesem kausalen „Tatbeitrag“ des X zu dem Diebstahl des Y wird kein Organ der Rechtspflege irgendwelche Folgerungen ziehen.

Gegen die Äquivalenztheorie wendet sich auch Nagler in LK, Anhang zur Einleitung 1, II, B 2, der neben dem Argument der unzulässigen Ausweitung des Täterbegriffs noch meint, die Theorie der äquivalenten Verursachung führe zur Gleichmacherei und widerspreche dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens. Auch diese beiden Einwendungen lassen sich leicht widerlegen: Mit der Feststellung der Kausalität wird kein Werturteil abgegeben. Damit entfällt der Vorwurf der Gleichmacherei. Der Sprachgebrauch des täglichen Lebens ist schwer festzustellen und deshalb kein gutes Kriterium. Auch durchaus nicht adäquate Zusammenhänge werden im täglichen Leben gelegentlich als „kausal“ bezeichnet.

Unter den verschiedenen Versuchen, diese Fälle befriedigend im Sinne der Straflosigkeit zu lösen, wird der Versuch, die Kausalität zu leugnen, am häufigsten unternommen¹⁰⁶⁾. Daneben wird noch die Ansicht vertreten, es fehle an der Tatbestandsmäßigkeit¹⁰⁷⁾ oder an der Rechtswidrigkeit¹⁰⁸⁾. Meines Erachtens fehlt es in diesen Fällen jedenfalls nicht an der Verursachung, die ja auch keine Wertung, sondern eine objektive Feststellung enthält. Bestimmte Erfolge bestimmter, allgemein üblicher Verhaltensweisen erachtet man als so unwahrscheinlich, daß man sie, auch wenn sie den Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllen, nicht bestrafen will. Sie sind nicht strafwürdig¹⁰⁹⁾. Der systematische Standort der Behandlung der Frage der objektiven Strafwürdigkeit einer tatbestandsmäßigen Handlung ist aber die Rechtswidrigkeit. Es empfiehlt sich im übrigen auch aus Gründen der Praktikabilität, im Strafrecht die Wertung eines Verhaltens nur an einer Stelle zu behandeln. Die Anhänger der Adaequanztheorie und der — im Ergebnis ähnlichen — Relevanztheorie werten das Verhalten einmal im Rahmen der Kausalität, wobei sie dem mit einem besonders verwerflichen Kausalwissen handelnden Verbrecher nicht gerecht werden¹¹⁰⁾, und ein zweites Mal bei der Prüfung des Tatbestandes oder der Rechtswidrigkeit (erlaubtes Risiko, Rechtspflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten etc.). Es empfiehlt sich auch aus diesem Grunde nicht, die Kausalität mit einem Unsicherheitsfaktor zu versehen, für den ein dogmatisches Bedürfnis nicht zu erkennen ist. Zu diesen dogmatischen Bedenken gegen Adaequanz- und Relevanztheorie tritt ihre mangelnde praktische Bedeutung, da sie nur ganz verschwindend wenige Fälle, bei denen äquivalente Verursachung gegeben ist, als nicht kausal aussondern. Zusammenfassend ist demnach festzustellen, daß die Äquivalenztheorie den Vorzug verdient.

c) *Welcher Grad von Wahrscheinlichkeit ist zur Feststellung der Kausalität bei den unechten Unterlassungsdelikten erforderlich?*

In ihrer Rechtsprechung verwenden die Gerichte, um die Kausalität eines Unterlassens festzustellen, die Formulierung: „Die Unterlassung ist für den Erfolg kausal, wenn die unterlassene Handlung nicht hinweggedacht werden könnte, ohne daß der Erfolg entfielen¹¹¹⁾.“ Diese Formel wird auch in der Literatur allgemein anerkannt¹¹²⁾.

Bei der Ermittlung, ob ein Verhalten ursächlich ist, muß jeweils etwas hinweg-¹¹³⁾ oder hinzugedacht werden. Der Erfolg ist ja schon eingetreten, und es muß geprüft werden, ob er nicht eingetreten wäre, wenn etwas hinweg- oder hinzugedacht wird. Bei derartigen nachträglichen Gedankenoperationen kann nicht mit letzter Sicherheit festgestellt werden, wie Ereignisse, die schon geschehen sind, bei Herausnahme einer menschlichen Verhaltensweise verlaufen

¹⁰⁶⁾ v. Hippel, Lehrbuch, 1932, S. 97; Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 1954, S. 177; Mezger, Studienbuch, Allg. Teil, 1955, S. 65/66.

¹⁰⁷⁾ H. Mayer, Strafrecht, Allg. Teil, 1953, S. 114; auch schon Schaffstein, Festschrift für Graf Gleispach (1936), S. 76 ff. und Dahm ZStW 59/156.

¹⁰⁸⁾ Traub, Die Fälle der sogenannten Unterbrechung des Kausalzusammenhangs als Rechtswidrigkeits- und Teilnahmeproblem, 1954, S. 135 ff.; Welzel, 3. Auflage, 1954, S. 61.

¹⁰⁹⁾ Dasselbe gilt für Verhaltensweisen, die normalerweise gewisse tatbestandsmäßige Erfolge nach sich ziehen (Unterhaltung eines Passagierschiffdienstes — Seekrankheit).

¹¹⁰⁾ Sie müssen ihn freisprechen, worauf Welzel, 3. Auflage, 1954, S. 38 zu Recht hinweist. ¹¹¹⁾ RGSt 63/392 (1930) — vgl. dazu Spendel, Die Kausalitätsformel, 1948, S. 53 Anm. 1 —, RGSt 75/49 (1940).

¹¹²⁾ Herrschende Meinung, vgl. z. B. Nagler und Mezger in LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B II a; Welzel, 3. Auflage, 1954, S. 151.

¹¹³⁾ Ein Tun ist nämlich dann kausal für einen Erfolg, wenn es nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfielen: RGSt 69/47 (1934), 76/86 und 87 (1942).

sein würden. Deswegen genügt zur Feststellung der Kausalität eines menschlichen Verhaltens die mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit, daß dieses menschliche Verhalten den Erfolg verursacht hat¹¹⁴). Das RG hat zwar einige Male den Standpunkt vertreten, beim Unterlassen sei eine große Wahrscheinlichkeit an Stelle der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit zur Feststellung der Kausalität ausreichend¹¹⁵). Es gibt aber keinen Grund, die unechten Unterlassungsdelikte anders zu behandeln als die Begehungsdelikte durch Tun. In beiden Fällen muß eine hypothetische Frage entschieden werden, ob nämlich der Erfolg auch ohne das Verhalten bzw. bei einem anderen Verhalten des Täters eingetreten wäre. Ebenso schwer wie in einem Fall des Unterlassens kann die Entscheidung der hypothetischen Frage auch bei einem Tun sein. Man denke nur an die Fälle, in denen entschieden werden mußte, ob das Verhalten (sei es nun ein Tun oder ein Unterlassen) eines Arztes bei der Krankenbehandlung den Tod des Patienten mitverursacht hat oder nicht¹¹⁶). Einen dogmatischen Grund für eine besondere Behandlung der Unterlassenskausalität gibt es nicht¹¹⁷). Im übrigen würde eine andere Behandlung der Unterlassens-Kausalität auch gegen den elementaren, im Strafrecht besonders ausgebildeten Grundsatz verstoßen, daß für einen strafrechtlichen Erfolg nur der verantwortlich ist, auf den er mit einem jeden denkbaren Zweifel abschließenden Grad von Wahrscheinlichkeit zurückgeführt werden kann¹¹⁸).

Für die Ermittlung der Kausalität einer willkürlichen Körperverletzung ist mithin festzustellen, ob das dem Unterlassenden mögliche, zur Erfolgsabwendung geeignete Tätigwerden den Eintritt des Erfolges mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit verhindert haben würde. Das ist verschiedentlich verkannt worden. Das RG hat im Ziegenhaarfall die Beweislast zu Ungunsten des Angeklagten umgekehrt¹¹⁹). Wie schon auf Seiten 22 und 23 dieser Arbeit dargelegt, hat das RG darin, daß der Angeklagte seinen Arbeitern nicht desinfizierte Ziegenhaare zur Bearbeitung zur Verfügung stellte, zu Unrecht ein Unterlassen erblickt. Die Strafkammer, deren Urteil dem RG in der Revision vorlag, hatte von ihrer Meinung aus, daß ein Unterlassen Anknüpfungspunkt der Untersuchung sei, konsequent den Ursachenzusammenhang zwischen der Unterlassung der Desinfektion der Ziegenhaare und dem Tod der Arbeiter an Milzbrand verneint, da die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen sei, daß auch desinfizierte Ziegenhaare die die tödliche Krankheit erregenden Milzbrandbakterien enthalten hätten. Das RG hat diese Auffassung gerügt und festgestellt, daß der Ursachenzusammenhang nur ausgeschlossen sein könne, „wenn eine an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit dafür vorläge, daß der Erfolg auch eingetreten sein würde, wenn das schuldhaftes Verhalten nicht vorausgegangen wäre“¹²⁰). Während bei durch Tun begangenen Straftaten dem Täter mit an Sicherheit

¹¹⁴) Herrschende Meinung. Vgl. RG in HRR 1938/1660: Nagler und Mezger in LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B IIa; Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 151; Schöнке-Schröder, 1954, Vorbem. VII,3.

¹¹⁵) RGSt 75/324 ff (1941), RG in ZAKDR 1942/28.

¹¹⁶) Vgl. das vorbildliche Urteil des RG (RGSt 75/372 ff, bes. 375, 1941), in dem das RG eine generelle Lebenschance des falsch Behandelten von 80 : 20 nicht für ausreichend ansieht, um eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit zu bejahen. Zustimmend: Würtenberger in ZAKDR 1942/167.

¹¹⁷) So mit Recht bereits Spendel, Die Kausalitätsformel . . . , 1948, S. 61–63, und Mezger, Studienbuch, Allg. Teil, 1955, S. 72; Schöнке-Schröder, 1954, Vorbem. VII,3 vor § 1. Anderer Ansicht: E. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht 1939, S. 85, 89, dessen Argumente aber von Spendel und Mezger widerlegt werden.

¹¹⁸) Für alle: Schwarz, StPO, 1955, Anm. 2 A zu § 155.

¹¹⁹) Spendel, Die Kausalitätsformel, 1948, S. 57–60, hat dieses Ergebnis in seiner Kritik der Entscheidung des RG in RGSt 63/211 ff (1929) überzeugend herausgearbeitet.

¹²⁰) RGSt 63/214 (1929).

grenzender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sein muß, daß er den Erfolg herbeigeführt hat, müßte der Unterlassungstäter — folgt man den Ausführungen des RG im Ziegenhaarfall — immer bestraft werden, wenn nicht der Nachweis gelänge, daß der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auf einem Umstand beruht, für den der Unterlassende nicht verantwortlich ist¹²¹⁾. Im Ziegenhaarfall korrigiert das RG durch die Umkehr der Beweislast seinen ersten, bereits oben nachgewiesenen Fehler, die unrichtige Würdigung des Tuns des Täters als ein Unterlassen; denn das tätige Handeln ist dann kausal, wenn es nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfele. Hätte der Arbeitgeber den Arbeitern die Ziegenhaare nicht zur Verfügung gestellt, dann wären die Arbeiter nicht an der Milzbrandinfektion gestorben¹²²⁾. Dieses billigenwerte Ergebnis darf aber nicht darüber täuschen, daß diese Umkehr der Beweislast unzulässig ist.

Abgesehen von der in der Natur der Sache liegenden Verschiedenheit, daß beim tätigen Handeln das Tun nicht hinweggedacht werden darf, ohne daß der Erfolg entfele, während beim Unterlassen die dem Unterlassenden mögliche, erfolgsabwendende Tätigkeit nicht hinzugedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfele, bestehen daher bei der Kausalitätsfeststellung keine Unterschiede zwischen Tun und Unterlassen¹²³⁾. Insbesondere dürfen weder beim Tun noch beim Unterlassen an Stelle oder neben der wegzudenkenden oder hinzuzudenkenden Verhaltensweise noch weitere Umstände hinzugedacht werden¹²⁴⁾. So hat Engisch richtig festgestellt, daß das Verhalten des Arztes, der es pflichtwidrig unterläßt, das von ihm behandelte Kind in ein Krankenhaus zu überführen, für den Tod des Kindes, der durch eine Krankenhausbehandlung mit Sicherheit hätte verhindert werden können, auch dann kausal ist, wenn sich nachweisen läßt, daß sich der Vater des Kindes einer etwa vom Arzt vorgeschlagenen Überführung des Kindes in ein Krankenhaus widersetzt haben würde¹²⁵⁾. Im Gegensatz hierzu hält es der BGH für möglich, daß das Hinzudenken eines außerhalb des Täters liegenden Ersatzfaktors bei der Feststellung der Kausalität des Unterlassens von Bedeutung sein könne, weil bei der Kausalität der Unterlassung anders als bei der Kausalität des Tuns eine hypothetische Frage zu entscheiden sei¹²⁶⁾. Diese Ausführungen finden sich in einem Urteil, dem folgender Fall zugrunde liegt: Ein Polizeipräsident hatte im Dritten Reich die Einweisung dreier jüdischer Geschäftsleute ins KZ beantragt. Dem Antrag war stattgegeben worden. Die drei Geschäftsleute kamen im KZ ums Leben. Der Polizeipräsident bestritt die Kausalität seines Tuns mit dem Hinweis darauf, daß, hätte er nicht die Einweisung der Geschäftsleute ins KZ beantragt, der Antrag bestimmt von einer anderen Stelle gestellt worden wäre. Der BGH bejahte jedoch die Kausalität des Verhaltens des Polizeipräsidenten, da sein wirklich gestellter Antrag die Ursache der konkreten Einweisung ins KZ gewesen sei. Soweit hat der BGH recht. Bedenklich erscheinen aber die daran anschließenden Erwägungen. Der BGH führt aus: „Die Rechtsprechung kennt zwar Fälle, in denen ein schuldhaftes Verhalten als nicht ursächlich angesehen wird, weil das schädigende Ereignis auch ohne dies Verhalten eingetreten wäre.

¹²¹⁾ Diese Umkehr der Beweislast findet sich auch bei Moser, Der Allg. Teil des StGB, 1949, S. 76.

¹²²⁾ Siehe dazu Spendel, Die Kausalitätsformel . . ., 1948, S. 57—60.

¹²³⁾ h. M. Für alle: Mezger in seiner Anmerkung zum Urteil des RG in RGSt 75/342 ff in ZAKDR 1942/28 sowie die Angaben in Anm. 117.

¹²⁴⁾ Spendel, aaO, 1948, S. 41 ff.

¹²⁵⁾ Engisch, Zur Frage des fahrlässigen Unterlassungsdelikts, ZAKDR 1941/129.

¹²⁶⁾ BGHSt 2/20 ff, vor allem S. 23/24 (1951).

Dabei handelt es sich aber immer um die Frage, ob eine Unterlassung im Rechtssinne ursächlich war, also um einen Fall, in dem für die Prüfung der Ursächlichkeit einer Unterlassung das wirkliche Geschehen mit einem unwirklichen (gedachten) Ablauf zu vergleichen war, bei dem die unterlassene Handlung hinzugegacht werden mußte. Dieser Fall braucht hier nicht erörtert zu werden, denn hier steht keine Unterlassung sondern ein tätiges Handeln in Frage¹²⁷). Da auch ein Tun dann nicht ursächlich ist, wenn das schädigende Ereignis nicht darauf, sondern auf einem anderen Umstand beruht, kann der BGH nur gemeint haben, daß man zwar bei der Prüfung der Kausalität eines Tuns nur das Tun hinweg-, aber nichts hinzudenken dürfe, bei der Prüfung der Kausalität durch Unterlassen aber außer der dem Unterlassenden möglichen Erfolgsabwendung noch andere, in Wahrheit nicht zutreffende Geschehnisse unter Umständen hinzudenken müsse. Das ist aber nicht richtig. Auch bei der Prüfung der Kausalität eines Tuns vergleicht man das wirkliche Geschehen mit einem unwirklichen (gedachten) Ablauf, da man dem wirklichen Geschehen das Geschehen abzüglich des weggedachten Tuns gegenüberstellt. Wenn wir also etwa den konkreten Fall dahin abwandeln, daß der Polizeipräsident die Möglichkeit gehabt hätte, drei Bürger aus einem KZ-Transport herauszunehmen, diese Handlung aber gleichwohl nicht vorgenommen hätte, so kann es ebenso wenig wie beim Tun eine Rolle spielen, ob — hätte er eingegriffen — die Einweisung ins KZ wahrscheinlich bald danach durch andere, in Wahrheit nicht getroffene Maßnahmen herbeigeführt worden wäre. Ein Verhalten, gleich ob Tun oder Unterlassen, ist nur dann nicht kausal, wenn es auf den effektiv eingetretenen Erfolg keinen Einfluß gehabt hat. Ein Verhalten hat aber stets einen Einfluß auf den Erfolg, wenn im Falle des Andersverhaltens zur Erfolgsverwirklichung weitere Maßnahmen hätten ergriffen werden müssen, die im konkreten Fall nicht ergriffen worden sind. Somit muß die vom BGH offen gelassene Frage dahin beantwortet werden, daß hinsichtlich des Verbots, Ersatzfaktoren zu berücksichtigen, kein Unterschied zwischen der Erfolgsherbeiführung durch Tun und durch Unterlassen besteht.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß eine Unterlassung für einen Erfolg immer dann kausal ist, wenn der Erfolg nicht bei Hinzudenken der dem Täter möglichen erfolgsabwendenden Handlung ohne Hinzudenken irgendwelcher weiterer Momente mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit entfielen.

¹²⁷) BGHSt 2/24 (1951).

III. Die Tatbestandsmäßigkeit der Unterlassung insbesondere

Nachdem wir festgestellt haben, daß das Unterlassen eine Handlung im Sinne des § 1 StGB ist und Erfolge verursacht, müssen wir weiter prüfen, wann die für einen Erfolg kausale Unterlassung einen gesetzlichen Tatbestand erfüllt. Das ist keineswegs immer der Fall¹²⁸⁾. Auch die kausale Herbeiführung eines Erfolges durch Tun erfüllt nicht immer den gesetzlichen Tatbestand; denn das Strafrecht kann nicht alle Rechtsgüter schlechthin schützen, sondern muß sich darauf beschränken, bestimmte verbrecherische Angriffe auf Rechtsgüter mit Strafe zu bedrohen¹²⁹⁾. Die Verursachung eines Vermögensschadens ist z. B. im Sinne der §§ 263 oder 266 nur gelegentlich tatbestandsmäßig, dann nämlich, wenn der Schaden durch Täuschung und Vermögensverfügung des Getäuschten oder unter Mißbrauch einer Verfügungsbefugnis etc. herbeigeführt wird. Das gilt in gleicher Weise wie für das Tun auch für das Unterlassen. Wer es z. B. seiner Rechtspflicht zuwider unterläßt, Vermögensschäden von dem Arbeitgeber abzuwenden, begeht dann keine Untreue, wenn die Pflicht nicht wesentlicher Inhalt des Dienstvertrages sondern nur eine Nebenpflicht war¹³⁰⁾. Das Gesetz stellt nebeneinander schlichte Erfolgsverursachungen (z. B. § 222) und betont sozialwidrige Erfolgsherbeiführungen (z. B. § 302a) unter Strafe¹³¹⁾. Meistens enthalten die Tatbestände erläuternde Umschreibungen der Begehungsart, die aus dem Kreis der Erfolgsverursachungen einen Teil aussondern. Die Prüfung des Tatbestandes hat mithin auch noch neben der Feststellung der Kausalität ihre Bedeutung. Das für einen Erfolg kausale Verhalten wird strafrechtlich relevant erst als Erfüllung eines gesetzlichen Tatbestandes¹³²⁾.

1. Wann erfüllt die kausale Unterlassung den Tatbestand eines Strafgesetzes?

(Untersucht unter besonderer Berücksichtigung der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Strafbarkeit der Nichthinderung eines Selbstmords).

Die Tötung nach § 212 besteht tatbestandsmäßig in nichts anderem als in der Verursachung des Todes¹³³⁾. So handelt der tatbestandsmäßig, der einen Todeserfolg geschehen läßt, obwohl ihm seine Verhinderung möglich wäre¹³⁴⁾. Diese Anschauung liegt auch der Entscheidung zugrunde, in welcher der BGH eine Ehefrau wegen vollendeten Tötungsdelikts verurteilte, die ihren Mann, der sich im Anschluß an eine häusliche Auseinandersetzung erhängt hatte, nicht rettete, obwohl ihr das ohne weitere Schwierigkeit möglich gewesen wäre⁴³⁵⁾. Das Verhalten der Ehefrau, so argumentiert der BGH, sei für den Tod ihres Mannes

¹²⁸⁾ Darüber, daß die kausale Herbeiführung eines mißbilligten Erfolges nicht stets einen gesetzlichen Tatbestand erfüllt, bereits gut Nagler, GS 111/76 (1938). Schlosky, Begehung einer Straftat durch Unterlassung, DStR 1940/129 ff., vor allem 131, leitet dagegen daraus, daß er — zu Recht — den Erfolg als Kernstück des Tatbestandes ansieht, die unzutreffende Folge her, daß die Art und Weise, wie der Erfolg herbeigeführt werde, in den Hintergrund trete.

¹²⁹⁾ Welzel, 3. Auflage, 1954, S. 4.

¹³⁰⁾ So die zutreffende Entscheidung des BGH in BGHSt 5/187 ff (1953).

¹³¹⁾ v. Weber, 1948, S. 55; H. Mayer, 1953, S. 43.

¹³²⁾ H. Mayer, 1953, S. 132, sagt zu dieser Frage: „Man kann einem Menschen immer nur verbieten, Handlungen zu begehen, aber niemals, bloß kausal zu werden. Es kommt für den Juristen gerade darauf an, die Tat von dem bloß zufälligen Kausalzusammenhang zu unterscheiden.“ Obwohl auf seine „Tatbildlehre“ zugeschnitten, ist H. Mayers Bemerkung auch allgemein von Bedeutung.

¹³³⁾ Herrschende Lehre und Rechtsprechung. Vgl. für alle: Nagler-Schaefer in LK, 1954, Ann. II zu § 212.

¹³⁴⁾ Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 152.

¹³⁵⁾ BGH in BGHSt 2/150 ff (1952).

kausal gewesen, eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung durch die eheliche Lebensgemeinschaft begründet worden. Mithin liege im Verhalten der Ehefrau eine rechtswidrige Tötung im Sinne der §§ 212, 222. Gegen die Annahme einer tatbestandsmäßigen Tötung in diesem Fall bestehen indessen Bedenken. § 212 stellt die Tötung eines anderen Menschen unter Strafe. Daraus leitet man zutreffend allgemein die Straflosigkeit der Selbsttötung ab¹³⁶⁾. Der Täter der Selbsttötung tötet nicht einen anderen, sondern sich selbst. Deshalb ist auch die Mitwirkung anderer an der Selbsttötung nicht als Teilnahme an einem Tötungsdelikt strafbar¹³⁷⁾. Auch derjenige, der einem Selbstmörder bei seiner Tat fahrlässig hilft, wird nicht wegen fahrlässiger Tötung bestraft¹³⁸⁾. Da die Selbstentleibung keine tatbestandsmäßige Tötung ist, kann der Apotheker, der fahrlässig oder absichtlich einem Kunden ein gefährliches Gift als Hustensaft verkauft, nicht wegen vollendeter Tötung bestraft werden, wenn der Kunde den gefährlichen Inhalt der Hustensaftflasche erkennt und einnimmt, um sich zu töten. Der Apotheker wird aber wegen Mordes oder fahrlässiger Tötung bestraft, wenn der Kunde gutgläubig den Hustensaft einnimmt oder einem gutgläubigen Dritten anbietet, der am Genuß des Giftes stirbt. Er hat dann nämlich vorsätzlich oder fahrlässig den Tod eines anderen verursacht¹³⁹⁾. Die bewußte Selbsttötung ist aber keine tatbestandsmäßige Tötung. „Töten“ heißt zwar „den Tod verursachen“, der Fall des „die Selbsttötung eines anderen verursachen“ ist aber davon auszunehmen. Jedoch ist nicht jede Selbstentleibung eine verantwortliche Selbsttötung. Wer gezwungen¹⁴⁰⁾ Hand an sich legt, wer in nicht voll zurechnungsfähigem Zustand¹⁴¹⁾, in starker Depression, als Kind¹⁴²⁾, in Verzweiflung¹⁴³⁾ sich tötet, begeht keinen Selbstmord im eigentlichen Sinne. Hier ist vielmehr der verursachende Hintermann vorsätzlicher oder fahrlässiger Täter der Tötung¹⁴⁴⁾. Das soll an zwei Beispielen verdeutlicht werden. Das Reichsgericht hat einen Mann wegen Totschlags bestraft, der den Selbstmord seiner Frau nicht verhindert hatte¹⁴⁵⁾. Er hatte seine Frau mit dem Tode bedroht und schwer mißhandelt. In ihrer Verzweiflung war die Frau daraufhin aus dem Fenster ihrer im dritten Stock gelegenen Wohnung auf die Straße gesprungen und hatte sich tödlich verletzt. Der Mann, sagt das RG, habe durch seine Handlungsweise seine Frau in eine Verzweiflungstat gehetzt und sei deshalb aus vorangegangenen, gefahrbegründendem Tun verpflichtet gewesen, den Sprung seiner Frau aus dem Fenster zu verhindern, was ihm — wahrscheinlich schon durch Einstellen seiner Drohungen, sicher aber durch tätiges Eingreifen — möglich gewesen wäre. Er sei auch aus der Stellung als Ehemann seiner Frau gegenüber verpflichtet gewesen, einen solchen unüberlegten, in Todesangst

¹³⁶⁾ Für alle: Nager-Schaefer in LK, 1954, Vorbem. I, 3 vor § 211.

¹³⁷⁾ Allgemeine Ansicht: RG in JW 1936/2994; Nagler-Schaefer in LK, 1954, Vorbem. I, 3 vor § 211.

¹³⁸⁾ So richtig Schönke-Schröder, 1954, Vorbem. IV vor § 211, die der Ansicht sind, daß es nicht gestattet sei, die kausale Mitwirkung am Selbstmord in direkte Beziehung zum Todeserfolg zu setzen. Im Ergebnis ebenso Olshausen, 1942, Anm. 2 zu § 211.

¹³⁹⁾ Vgl. Nagler-Schaefer, LK, 1954, Anm. V zu § 222.

¹⁴⁰⁾ Fall des Feldmarschall Rommel, OGHSt 2/5 (1949).

¹⁴¹⁾ Maurach, Deutsches Strafrecht, Bes. Teil, 1952, S. 16, will zu Recht den Irrenwörter, der den Selbstmord der an Selbstmordmanie leidenden Patienten nicht hindert, wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen bestrafen.

¹⁴²⁾ Fall Hildegard Höfeld (zitiert in ZStW 58/544).

¹⁴³⁾ Vgl. den im Text anschließend behandelten Fall, der der Entscheidung des RG in LZ 1928, Spalte 1633, zugrunde liegt.

¹⁴⁴⁾ Unbestritten: Außer den in Anm. 140—143 Zitierten noch Meister, GoldtA 1953/166 ff, vor allem S. 167/168; Nagler-Schaefer in LK, 1954, Vorbem. I, 3 vor § 211; Welzel, 4. Auflage, 1954, S. 206.

¹⁴⁵⁾ RG in LZ 1928, Spalte 1633.

unternommenen Schritt zu verhindern. Die Entscheidung des RG ist richtig. Hier handelte es sich nicht um eine echte verantwortliche Selbsttötung. Der Mann hat seine Frau nicht — straflos — zu ihrem Selbstmord angestiftet, sondern den Tod der Frau durch diese selbst als sein, eines eigenen verantwortlichen Willen entkleidetes Werkzeug herbeigeführt. Auf der Grenze zwischen verantwortlicher Selbsttötung und Verzweiflungstat liegt der folgende vom BGH entschiedene Sachverhalt¹⁴⁶⁾. „Der Angeklagte und seine Braut hatten sich nach Anbruch der Dunkelheit gemeinsam an die Bahnlinie begeben und dort an einer Böschung niedergelassen. Über ihr Gespräch steht nur fest, daß es ohne Streit verlief. Sehr bald erklärte das Mädchen, austreten zu müssen, stieg schräg zum Bahnkörper hinunter, wandte sich dabei zum Angeklagten um und rief ihm zu: „Ade, Schatz!“ Daß sich ein Zug näherte und daß das Mädchen über die Gleise des Bahnkörpers stieg, beachtete der Angeklagte nicht. Er lag auf dem Bauche und blickte vor sich hin. Erst als das Mädchen nach der Vorbeifahrt des Zuges auf seinen Ruf nicht antwortete, sah er nach, und fand es tot vor“. Der BGH verurteilte den Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung, weil er die ihm mögliche Verhinderung des Selbstmordes unterlassen habe. Die Verhinderung sei ihm möglich gewesen, weil das Mädchen nicht schnell, sondern überlegt und besonnen seinen Schritt ausgeführt habe. Die Äußerung: „Ade Schatz!“ habe ihn auf die Selbstmordabsicht des Mädchens hinweisen müssen. Die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung habe sich für ihn aus dem Verlöbnis ergeben, aus dem in diesem Falle, in dem sich das Mädchen seinetwegen von seinen Pflegeeltern und seiner Arbeitsstelle losgesagt habe, um mit ihm zusammen zu leben, ausnahmsweise Rechtspflichten folgten, wie sie sonst nur durch die Ehe begründet würden. Der BGH übersieht hier zwar, daß die Verletzung der dem Täter obliegenden Rechtspflicht, die Selbsttötung der Partnerin zu verhindern, keine Haftbarkeit für den Tod, sondern nur für die Selbsttötung begründet und sich damit als vorsätzliche oder fahrlässige, sicher jedoch straflose Beihilfe zum Selbstmord darstellt; seine Entscheidung läßt sich aber im Ergebnis doch halten, wenn man an Hand weiterer, aus den Gründen des Urteils ersichtlicher Tatsachen feststellt, daß die Selbsttötung des Mädchens keine besonnene und selbstverantwortliche Handlung, sondern eine Verzweiflungstat — und damit kein echter Selbstmord — war. Einen solchen Beweis hätte der BGH führen können. Der Angeklagte hatte nämlich seine — minderjährige — Braut verleitet, ihre Pflegeeltern und ihre Arbeitsstätte zu verlassen, und hatte sie durch das Zusammenleben mit ihm in Obdachlosigkeit und durch Verführung zum Begehen von Straftaten in eine Situation gebracht, die ihr ausweglos erscheinen mochte und bei ihrem jugendlichen Alter die Gefahr eines Selbstmordes heraufbeschwor. Ein solcher „Selbstmord“ ist aber eine Verzweiflungstat. Der Angeklagte hatte diese Verzweiflungstat durch sein Verhalten mitverursacht; denn das Mädchen war durch die Verbindung mit ihm in die ihr ausweglos erscheinende Situation geraten. Er war daher aus vorangegangenen Verhalten verpflichtet, die Verzweiflungstat zu verhindern, wenn er es konnte. Da er nach den Feststellungen des Urteils diese Verhinderungspflicht fahrlässig verletzt hat, war er wegen fahrlässiger Tötung zu bestrafen. In dem eingangs erwähnten, vom BGH entschiedenen Fall¹⁴⁷⁾ ist dagegen nach dem Sachverhalt anzunehmen, daß es sich um eine verantwortliche Selbsttötung gehandelt hat. Der vorangegangene Streit war hier offensichtlich nur der Anlaß zu der schon vorher beschlossenen Selbsttötung des Mannes. Der Ehemann war weder krank,

¹⁴⁶⁾ BGH in LM, Nr. 25 zu § 222 StGB.

¹⁴⁷⁾ BGHSt 2/150 ff (1952).

noch in eine verzweifelte, ausweglose Lage gebracht worden. Er hatte sich vielmehr erhängt, weil er des dauernden häuslichen Streites, eines Zustandes, der einen Menschen in der Regel nicht zum Selbstmord veranlaßt, müde geworden war. Die Teilnahme an dieser Selbsttötung ist also kein „töten“ und somit auch nicht nach § 212 strafbar¹⁴⁸⁾. Der BGH ist auf die Frage der Teilnahme am Selbstmord gar nicht eingegangen. Er hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß die Erfolgsverursachung der Ehefrau unabhängig von der Selbsttötung des Mannes zu betrachten sei¹⁴⁹⁾. Gallas hat das Urteil des BGH im Ergebnis bejaht¹⁵⁰⁾. Er meint, der Selbstmörder sei normalerweise zugleich Täter und Opfer, weil er die Herrschaft über seine Tat bis zu seinem Tod habe. Behalte der Selbstmörder aber die Tatherrschaft, so könne seitens anderer Beteiligten nur straflose Anstiftung oder Beihilfe vorliegen. Verliere jedoch der Selbstmörder vor Eintritt seines Todes die Herrschaft über seine Tat an einen anderen, werde etwa der Selbstmörder erhängt aufgefunden und, obgleich er noch gerettet werden könnte, nicht aus der Schlinge genommen, dann sei der Selbstmörder nur noch Opfer, der andere aber Täter eines Tötungsdeliktes. Da die faktische Tatherrschaft des Selbstmörders fortgefallen sei, werde die pflichtwidrige Nichtausnutzung der potentiellen Tatherrschaft zur Begründung der Täterschaft. Legt man diese, an die Tatherrschaft anknüpfende Überlegung als allgemeine Regel zugrunde, so würden alle Selbstmordarten, bei denen der Täter die Tatmacht bis zum letzten Augenblick vor dem Eintritt des Todes innehat (sich erschießen, vom hohen Turm springen), regelmäßig nicht zu einer Bestrafung der Teilnehmer oder Hinderungsverpflichteten führen können. Dagegen würde eine Erfolgsabwendungspflicht in allen den Fällen bestehen, in denen der Tod erst einige Zeit nach der Begehung der Selbsttötungshandlung eintritt, also etwa bei der Selbsttötung durch Erhängen, Ertrinken und Vergiften, da in diesen Fällen dem Selbstmörder die Tatherrschaft vor Eintritt seines Todes zu einer Zeit entgleitet, die eine Errettung noch ermöglicht. Diese ganz willkürlichen Ergebnisse sprechen gegen die von Gallas vertretene Ansicht. Um dem „grotesken Ergebnis“ zu entgehen, daß das Geschehenlassen des Selbstmordes eines Ehegatten Totschlag sein soll, während das Überreden des Ehegatten zum Selbstmord als Anstiftung zum Selbstmord straflos bleiben soll¹⁵¹⁾, wollen andere Befürworter der Entscheidung des BGH alle Fälle der Mitverursachung des Selbstmords als Totschlag ansehen¹⁵²⁾. Diese Auffassung ist aber nicht haltbar; denn derjenige, der in einem voll zurechnungsfähigen Menschen vorsätzlich den Entschluß zu einer verantwortlichen Selbsttötung erregt, ist nur Anstifter zum Selbstmord und nicht Totschläger. Wer einen echten Selbstmord begeht, behält, auch wenn er bewußtlos ist, die Tatherrschaft, solange seine Selbstmordhandlung so abläuft, wie er es bei Beginn seiner auf Selbstmord gerichteten Tätigkeit gewollt hat. Ein Selbstmord liegt freilich in dem Augenblick nicht mehr vor, in dem der Selbstmörder seinen Willen, sich selbst zu töten, aufgibt, also etwa verlangt, daß ihm der Magen ausgepumpt werde, oder aus dem Was-

¹⁴⁸⁾ Meister, Echtes und unechtes Unterlassungsdelikt, MDR 1953/649 ff; Meister, Zur Abgrenzung der Beteiligung am Selbstmord vom strafbaren Tötungsdelikt, GA 1953/166 ff; Jeschek, Die Rechtsprechung des BGH in Strafsachen, GA 1954/327; Nagler-Schaefer in LK, 1954, Vorbem. I, 3 zu § 211; Welzel, 4. Aufl., 1954, S. 206; Heinitz, Teilnahme und unterlassene Hilfeleistung beim Selbstmord, JR 1954/403 ff; Schönke-Schröder, 1954, Vorbem. IV zu § 211.

¹⁴⁹⁾ BGHSt 2/152, 153.

¹⁵⁰⁾ Urteilsanmerkung in JZ 1952/371 ff.

¹⁵¹⁾ Maurach, Deutsches Strafrecht, Bes. Teil, 1952, S. 16/17.

¹⁵²⁾ Maurach, Allg. Teil, 1954, S. 517; Mezger, Studienbuch, Bes. Teil, 1954, S. 13.

ser um Hilfe ruft¹⁵³⁾). Vom Selbstmordwillen nicht umfaßt ist auch in aller Regel die auf Grund schwerer, durch einen mißlungenen Selbstmord verursachten Verletzungen beruhende Lebensgefahr. Der Selbstmörder erstrebt meistens einen raschen Tod, schwere Verletzungen, deren Vernachlässigung zu einem späteren Tod führen kann, sind vom Selbstmörder nicht gewollt. Demnach liegt eine Selbsttötung auch dann noch, aber auch nur dann noch vor, wenn die Handlung des Selbstmörders beendet, der Tod noch nicht eingetreten, der Verlauf der Selbsttötung aber nicht ungewöhnlich ist und der Selbstmörder nicht zu erkennen gibt, daß er seinen Entschluß geändert hat. Ist der Selbstmörder bewußtlos, so muß man davon ausgehen, daß er den Selbstmord weiter beabsichtigt, es sei denn, daß die von ihm angewendete Methode, einen schnellen Tod zu erleiden, mißglückt ist und die Vollendung des Selbstmordes in der gewünschten Form ausgeschlossen erscheint. Liegt aber eine echte Selbsttötung vor, dann kann niemand bestraft werden, der sich an der Herbeiführung dieser Selbsttötung beteiligt hat, weder der vorsätzlich tätig gewordene Anstifter oder Gehilfe noch der fahrlässige Mitverursacher, und auch nicht der, der einen Selbstmord entgegen einer ihm obliegenden Rechtspflicht vorsätzlich oder fahrlässig geschehen läßt¹⁵⁴⁾. Dabei ist es für denjenigen, der einen Selbstmord geschehen läßt, ganz unerheblich, ob eine Erfolgsabwendungspflicht aus Gesetz, Vertrag oder vorangegangennem Tun besteht, da die unterlassene Abwendung des Selbstmordes nicht tatbestandsmäßig ist. Die Beteiligung am fremden Selbstmord ist dann zwar rechtswidrig, aber nicht tatbestandsmäßig, während in aller Regel das Geschehenlassen eines Selbstmordes weder rechtswidrig noch auch nur tatbestandsmäßig ist¹⁵⁵⁾.

Nicht auf die Tatherrschaft des Erfolgsabwendungsverpflichteten stellt Dreher ab, der wie der BGH im Unterlassen der Rettung eines Selbstmörders eine tatbestandsmäßige Tötung erblickt¹⁵⁶⁾. Jeder Helfer beim Selbstmord ist nach seiner Ansicht vielmehr Täter der schuldhaften Todesverursachung. Dabei beruft er sich auf §§ 121, 357, in denen das Geschehenlassen des Tuns eines anderen als Täterschaft angesehen wird. Der Meinung Drehers kann nicht gefolgt werden. Die §§ 121, 357 sind keine Beihilfehandlungen. Beihilfe kann nämlich auch der leisten, der den Täter von der Tat nicht abhalten könnte. §§ 121 und 357 verlangen aber die Abhaltungspflicht und die Abhaltungsmöglichkeit. Nur der ist Täter, der trotz Abhaltungsmöglichkeit und Abhaltungspflicht die Flucht des Gefangenen oder die Straftat des Untergebenen geschehen läßt. Außerdem ist § 121 ja gerade deshalb eingeführt worden, weil das pflichtwidrige Nichthindern der Flucht eines Gefangenen überhaupt nicht strafbar ist, weil die Flucht für den Gefangenen selbst keine strafbare Handlung darstellt. § 357 verlangt ausdrücklich die Täterstrafe für das Geschehenlassen einer fremden Straftat, weil ohne § 357 in der Regel nur eine Bestrafung wegen Beihilfe in Frage käme. Gerade hieraus ergibt sich, daß Drehers Meinung mit dem geltenden Recht nicht

¹⁵³⁾ So richtig Heinitz, JR 1954/405.

¹⁵⁴⁾ Ähnlich schon Heinitz, JR 1954/405.

¹⁵⁵⁾ Wer freilich nach der Selbstmordhandlung und vor Eintritt des Todes noch tätig auf den Tod hin wirkt mit dem Erfolg, daß der Tod eintritt, der sonst gar nicht oder später oder in anderer Form eingetreten wäre, indem er z. B. das sich öffnende Fenster des gaserfüllten Raumes, in dem sich der Selbstmörder durch Einatmen von Leuchtgas töten will und bereits das Bewußtsein verloren hat, wieder schließt, muß je nachdem aus § 212 oder § 216 bestraft werden. In diesem Fall tritt der Tod dann auch nicht als Folge des Selbstmordes, sondern als Folge einer Handlung eines Dritten ein.

¹⁵⁶⁾ Dreher, Kann ein Ehegatte, der den Selbstmord des anderen zuläßt, ein Tötungsdelikt begehen? MDR 1952/711 ff.

vereinbar ist, da der Gesetzgeber keine den §§ 121 und 357 entsprechende Vorschrift geschaffen hat, um das Geschehenlassen des Selbstmordes zu bestrafen. Dreher kommt im übrigen doch zu einer vom BGH abweichenden Entscheidung des Falles, da er der Meinung ist, der fremde Selbstmordentschluß müsse respektiert werden. Wer den fremden Selbstmordentschluß respektiere, handle nicht rechtswidrig. Ohne auf diese Frage, die über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausgeht, näher eingehen zu wollen, sei doch bemerkt, daß so das Gericht gezwungen würde, in jedem Fall die heftig umstrittene Berechtigung des Selbstmords zu prüfen. Schon das spricht gegen Dreher's Lösung.

Noch einen Schritt weiter als Dreher geht Jeschek. Auch er erkennt eine Rechtspflicht an, den Selbstmord des Ehegatten abzuwenden, hält es aber für unzumutbar, gemäß dieser Rechtspflicht zu handeln. Trotz der generellen Mißachtung der Selbsttötung müsse die Zumutbarkeit des Eingreifens verneint werden¹⁵⁷). Warum sollte aber die Rettung eines Selbstmörders nicht zumutbar sein? Das könnte doch ernsthaft nur da erwogen werden, wo der Selbstmörder aus einem berechtigten Grund, vor allem wegen unheilbarer, schwerer und schmerzhafter Krankheit, diesen Schritt getan hat und der Erfolgsabwendungsverpflichtete es nun nicht über sich bringen kann, den Selbstmörder zu weiterem Leiden zu zwingen¹⁵⁸). Ein solcher Sachverhalt lag der Entscheidung des BGH indessen nicht zugrunde.

Soweit in der Literatur im übrigen die Entscheidung des BGH zu Recht abgelehnt wird, fehlt eine ausführliche Begründung des richtigen Standpunkts. Es wird nur angedeutet, daß derjenige, der einer Rechtspflicht zuwider den Selbstmörder nicht rettet, den Tatbestand eines Tötungsdeliktes nicht erfülle. So sagen Schönke-Schröder, der BGH habe die besondere Bedeutung des Selbstmords als der freiwilligen Entscheidung eines verantwortlichen Willens, die vom Gesetzgeber bewußt respektiert und der Sphäre des Strafbaren entrückt sei, verkannt¹⁵⁹). Welzel beschränkt sich auf die Feststellung, daß die Nichtabwendung eines Selbstmordes nur Beihilfe zu einer tatbestandslosen Handlung und darum straflos sei¹⁶⁰). Meister erklärt, daß die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung nicht die Unterscheidung zwischen Mord und strafloser Beihilfe zur Selbsttötung überspringen dürfe¹⁶¹). Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß der BGH eine tatbestandslose und deshalb nicht strafbare Handlung als ein Verbrechen des Totschlages angesehen hat.

Das Urteil des BGH mußte untersucht werden, um darzutun, wie entscheidend wichtig eine sorgfältige Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit auch und gerade bei einer Erfolgsverursachung durch Unterlassen ist.

Das gilt natürlich nicht nur für die Tötungsdelikte, sondern für alle Straftatbestände. Es sei hierzu bemerkt, daß z. B. auch das Tatbestandsmerkmal der Zueignung im § 246 durch ein Unterlassen verwirklicht werden kann. Das ist u. a. dann der Fall, wenn jemand eine Sache, die ihm nicht gehört, in Unkenntnis seiner mangelnden Berechtigung als sein Eigentum besitzt. Erfährt er eines Tages, daß die Sache einem anderen gehört, und unterläßt er es nun, seine Eigenbesitzerstellung aufzugeben, so begeht er eine Unterschlagung durch Unterlassen. Das Tatbestandsmerkmal der Zueignung wird indessen nicht dadurch

¹⁵⁷) Jeschek, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, GA 1954/327, 328.

¹⁵⁸) Das ließe selbst der BGH gelten: BGHSt 2/154.

¹⁵⁹) Schönke-Schröder, 1954, Vorbem. IV zu § 211.

¹⁶⁰) Welzel, 4. Auflage, 1954, S. 206.

¹⁶¹) Meister, Zur Abgrenzung der Beteiligung am Selbstmord vom strafbaren Tötungsdelikt, GA 1953/169.

erfüllt, daß der Finder die Fundsache entgegen den gesetzlichen Bestimmungen nicht beim Fundbüro anmeldet. Eine solche Handlungsweise kann allenfalls als ein Indiz für die Zueignung durch Tun angesehen werden¹⁶²⁾.

Einige Tatbestände des besonderen Teils des Strafgesetzbuches sind freilich so gefaßt, daß sie durch Unterlassen nicht begangen werden können. Das gilt unstreitig für den Meineid, bei dem die tatbestandsmäßige Handlung das Beschwören ist. Beschwören kann man nur durch eine willkürliche Körperbewegung, also durch Tun. Welche Delikte außerdem noch so gefaßt sind, daß sie nur durch ein Tun begangen werden können, ist streitig¹⁶³⁾. Hier kann darauf nicht näher eingegangen werden. Die Frage, ob Blutschande oder Ehebruch durch Geschehenlassen (beispielsweise einer Vergewaltigung, die durch Gegenwehr leicht hätte vereitelt werden können) begangen werden können, hat übrigens nie praktische Bedeutung erlangt. Beihilfe durch Unterlassen ist zweifellos zu jedem Delikt möglich¹⁶⁴⁾.

Umgekehrt können die ausdrücklich auf das Geschehenlassen des Erfolges zugeschnittenen gesetzlichen Tatbestände (wie §§ 121 Abs. 1, 123 Abs. 1, 2. Alternative, 221 Abs. 1, 2. Alternative, 223b Abs. 1, letzte Alternative und 357 Abs. 1, 2. Alternative) streng genommen nicht durch ein Tun erfüllt werden¹⁶⁵⁾. Allerdings ist die Herbeiführung des gleichen Erfolges durch Tun in diesen Fällen ebenfalls und mit der gleichen Strafdrohung unter Strafe gestellt: In § 121 Abs. 1 steht dem Entweichenlassen des Gefangenen die Beförderung seiner Befreiung gleich, wegen Hausfriedensbruch wird nicht nur bestraft, wer widerrechtlich in einer fremden Wohnung verweilt, sondern auch, wer widerrechtlich in die Wohnung eindringt; in § 221 ist dem vorsätzlichen Verlassen die Aussetzung, in § 223b der böswilligen Vernachlässigung die rohe Mißhandlung gleichgestellt. Nur in § 357 decken sich die positive (vorsätzliche Verleitung der Untergebenen zu einer strafbaren Handlung) und die negative (wissentliches Geschehenlassen einer Straftat der Untergebenen) Variante des Tatbestandes nicht. Als Täter soll der Anstifter durch Tun bestraft werden, sowie derjenige, der eine Straftat seiner Untergebenen wissentlich geschehen läßt. Wer eine Straftat einer Rechtspflicht zuwider wissentlich geschehen läßt, ist in aller Regel nur Gehilfe. Während also die Beihilfe durch Unterlassen in § 357 unter eine besondere Strafdrohung gestellt ist, fällt die Beihilfe durch Tun nicht unter diese Vorschrift. Das liegt daran, daß die Beihilfe durch Tun auch möglich ist zu einer Tat, die der Gehilfe nicht verhindern kann. Zur Verdeutlichung möge der einem Urteil des BGH zugrunde liegende Sachverhalt dienen¹⁶⁶⁾. Der Kriminalbeamte K leitete die Ermittlungen gegen eine wegen Widerstands gegen die Staatsgewalt und Diebstahls bekannte Polin. Der Polin gelang es mehrfach, aus der Untersuchungshaft zu fliehen. Als sie wieder einmal inhaftiert wurde, beschloß K, „sie umzulegen, da sie ihm schon genug Arbeit gemacht habe“. Diesen Plan meldete er seinem Vorgesetzten X, der ihm riet, vorsichtig zu sein, und ihm

¹⁶²⁾ Unrichtig daher Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1922, S. 436, und Mühlmann-Bommel, 1949, Anm. 5 zu § 246. Richtig dazu aber Frank, 1931, Anm. III, 1 zu § 246.

¹⁶³⁾ Ehebruch und Blutschande können nach Nagler und Mezger in LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B I, 2, Blutschande auch nach Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 151, nicht durch Unterlassen begangen werden. Nach Dahm, ZStW 59/158 (1940), und Schönke-Schröder, 1954, Vorbem. VI, sind diese Delikte indessen auch durch Unterlassen begreifbar.

¹⁶⁴⁾ Für alle: Maurach, Allg. Teil, 1954, S. 234.

¹⁶⁵⁾ Das verkennen v. Liszt-Schmidt, 1927, S. 829; Frank, 1931, Anm. I zu § 357 und Rohde-Ziegler in LK, 1954, Anm. 1 zu § 357.

¹⁶⁶⁾ BGHSt 3/349 ff (1952).

noch einen anderen Beamten mit auf den Weg gab. Die Polin wurde an einem verlassenem Grundstück durch zwei Schüsse in den Hinterkopf von K ermordet. X hat positive Beihilfe geleistet, ist aber nicht Mittäter. Er wird wegen der Bestimmung des § 357 als Mittäter bestraft, weil er die Ermordung der Polin durch seinen Untergebenen hätte verhindern können und müssen. Hätte aber K den X telefonisch davon verständigt, daß er die Polin gleich erschießen werde, und hätte X darauf gesagt, es sei gut, X möge so verfahren, dann läge wohl eine positive Beihilfe des X zur Tat des K vor, X hätte aber unter Umständen die Tat des K nicht im Sinne des § 357 geschehen lassen; denn ihm könnte nicht nachgewiesen werden, daß er durch einen heftigen Einspruch oder Befehl am Telefon den zur Tat entschlossenen K von seiner Absicht abgebracht haben würde. X könnte demnach nur wegen Beihilfe zum Mord, nicht aber gemäß § 357 wegen Täterschaft bestraft werden. Die Beihilfe durch Tun erfüllt mithin nicht immer den Tatbestand des Geschehenlassens.

2. Auseinandersetzung mit den von der hier vorgetragenen Auffassung grundsätzlich abweichenden Lehren vom Tätertyp und vom Tatbild.

Von den bisher gewonnenen Ergebnissen weichen die auf Grund der Lehren vom Tätertyp¹⁶⁷⁾ und vom Tatbild¹⁶⁸⁾ erzielten Resultate grundsätzlich ab. Es mag vielleicht verwundern, wenn die beiden Lehren auf eine Ebene gestellt werden. Sie unterscheiden sich aber in den Teilen, in denen sie sich mit den Unterlassungsdelikten befassen, kaum voneinander. Die Vertreter beider Lehren sagen nämlich, daß der gesetzliche Tatbestand eines Strafgesetzes durch ein Unterlassen nur dann erfüllt werde, wenn in dem Unterlassen die gleiche verbrecherische Energie zum Ausdruck komme wie typischerweise bei der Deliktserfüllung durch Tun. Nach Dahm, der die Lehre vom Tätertyp vertritt, ist es ein Kriterium für das Vorliegen einer auf die Abwendung des Erfolges gerichteten Pflicht zum Handeln, wenn derjenige, der diese Pflicht verletzt, als Mörder erscheint, „wenn er für das Volksempfinden nicht anders dasteht als derjenige, der zum Beil oder Messer gegriffen hat“¹⁶⁹⁾. Im Ergebnis ist es kaum etwas anderes, wenn Hellmuth Mayer, der die Tatbildlehre vertritt, sagt, daß die körperliche Untätigkeit im Rechtssinne als echtes Tun aufzufassen sei, falls diese unechte Unterlassung das gleiche Maß rechtsfeindlicher Willensenergie verlange, wie die positive Tätigkeit¹⁷⁰⁾.

Die Vertreter der Lehre vom Tätertyp sehen die bloße Verursachung des Erfolges in tatbestandsmäßiger Form nicht als genügend für eine tatbestandsmäßige Rechtsverletzung an. Es müsse vielmehr dazukommen, daß der Verursachende auch den Tätertyp darstelle¹⁷¹⁾. Diejenigen Bestimmungen des Gesetzes, die keinen bestimmten Tätertyp umrissen, zeichneten wenigstens ein Tatbild, das dann eben aushilfsweise herangezogen werden müsse¹⁷²⁾. Täter

¹⁶⁷⁾ Schaffstein, Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts, 1936, Festschrift für Graf Gleispach, S. 70 ff.; Schaffstein, Strafrechtsreform und unechte Unterlassungsdelikte, DJ 1936/767 ff.; Dahm, Bemerkungen zum Unterlassungsproblem, ZStW 59/133 ff. (1938); Stucke, Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nat.-soz. Strafrecht, 1937, S. 117; Günther, Begehung durch Unterlassung, 1938, S. 22.

¹⁶⁸⁾ Beling, Grundzüge des Strafrechts, 1930, S. 38; H. Mayer, 1953, S. 43, 114.

¹⁶⁹⁾ Dahm, ZStW 59/142 (1938).

¹⁷⁰⁾ H. Mayer, 1953, S. 113.

¹⁷¹⁾ Dahm, ZStW 59/135 (1938).

¹⁷²⁾ Dahm, ZStW 59/156 (1938).

eines Unterlassungsdeliktes sei mithin derjenige, der nach gesundem Volksempfinden dem Täter eines Delikts durch positives Handeln gleichstehe¹⁷³⁾. So könne derjenige, der ein Unglück, das er verhindern könne und müsse, vorsätzlich nicht verhindern, nur wegen fahrlässiger Tötung, nicht aber wegen Mordes oder Totschlags bestraft werden; denn er erscheine nicht als ein typischer Mörder oder Totschläger¹⁷⁴⁾.

Gegen die Lehre vom Tätertyp ist vor allem eingewendet worden, daß sie gegen die Gleichheit aller vor dem Gesetz verstoße, indem sie die Strafbarkeit nicht allein von der begangenen Tat, sondern auch noch von der Persönlichkeit des Täters abhängig mache¹⁷⁵⁾. Es läßt sich auch in der Tat nicht vertreten, daß derjenige der ein Delikt vorsätzlich und widerrechtlich begangen hat, wegen fahrlässiger Tatbegehung zu bestrafen oder gar freizusprechen ist, weil er nicht einen bestimmten Tätertyp erfüllt. Gegen die Lehre vom Tätertyp wird weiter eingewendet, sie verstoße gegen den Grundsatz der Bestimmtheit der Tatbestände¹⁷⁶⁾. Schönke¹⁷⁷⁾ führt zu Recht aus, daß keine wirklich greifbaren Meinungen über die Eigenart verschiedener Tätergruppen in der Volksanschauung bestünden. Es ist in der Tat keineswegs sicher, ob nicht in dem oben genannten Beispiel der Nichthinderung eines Unglücks der vorsätzlich handelnde Erfolgsabwendungsverpflichtete im Volksbewußtsein nicht doch als Mörder oder Totschläger erscheinen könnte. Zu diesen Einwänden gegen die Lehre vom Tätertyp kommt noch hinzu, daß sie subjektiven Gesichtspunkten eine viel zu hohe Bedeutung beimißt. Schaffstein will z. B. bei der vorsätzlichen Nichthinderung eines Brandes die subjektive Einstellung des Unterlassenden zum Geschädigten darüber entscheiden lassen, ob der Unterlassende Täter ist oder nicht¹⁷⁸⁾. Mit dieser Betrachtungsweise haben sich die Vertreter der Tätertypenlehre weitgehend vom geltenden Recht gelöst.

Die Tatbildlehre geht in ihren Ansätzen auf Beling zurück. Beling sagt nämlich, es komme jeweils darauf an, ob das Unterlassen in das Vorstellungsbild hineinfalle, das der gesetzliche Tatbestand (Töten eines Menschen z. B.) meine. Das sei nicht der Fall, wenn es sich um eine Untätigkeit handle, die nur „tatbestandlich-peripherischen Charakter“ habe¹⁷⁹⁾. Eine volle Ausgestaltung hat die Lehre vom Tatbild aber erst durch H. Mayer erhalten. Dieser Autor steht auf dem Standpunkt, daß derjenige, der eine ihm mögliche Erfolgsabwendung unterlasse, in aller Regel nicht tatbestandsmäßig handle. Die vorsätzlichen Verbrechen und Vergehen beruhten nämlich nicht auf dem Verursachungsprinzip¹⁸⁰⁾. „Töten“ sei nicht dasselbe wie „Tod verursachen“¹⁸¹⁾. Wer mit Tötungsvorsatz eine lungenkranke Frau schwängere¹⁸²⁾, wer mit Tötungsvorsatz einen späteren Mörder erzeuge¹⁸³⁾, verursache wohl den Tod, wenn das von ihm gewünschte Ereignis auf Grund seines Handelns eintrete, er „töte“ aber nicht im Sinne des Gesetzes. Es verstoße deswegen gegen das Analogieverbot, wenn man

¹⁷³⁾ Schaffstein, Festschrift für Graf Gleispach, 1936, S. 96; Dahm, ZStW 59/142 (1938).

¹⁷⁴⁾ Dahm, ZStW 59/163 (1938).

¹⁷⁵⁾ Schönke-Schröder, 1954, Vorbem. II, 2d zum allgemeinen Teil; Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 93.

¹⁷⁶⁾ Schönke-Schröder, 1954, Vorbem. II, 2d zum allgemeinen Teil; Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 93.

¹⁷⁷⁾ Schönke-Schröder, 1954, Vorbem. II, 2d zum allgemeinen Teil.

¹⁷⁸⁾ Schaffstein, Festschrift für Graf Gleispach, 1936, S. 105.

¹⁷⁹⁾ Beling, Grundzüge des Strafrechts, 1930, S. 38.

¹⁸⁰⁾ H. Mayer, 1953, S. 112 und 132.

¹⁸¹⁾ H. Mayer, 1953, S. 114.

¹⁸²⁾ H. Mayer, 1953, S. 43.

¹⁸³⁾ H. Mayer, 1953, S. 150.

aus „töten“ „den Tod verursachen“ mache¹⁸⁴). Es verstoße ein zweites Mal gegen das Analogieverbot, wenn man aus „den Tod verursachen“ „den Todeserfolg nicht abwenden“ mache. Schließlich sei die Einschränkung des durch den zweiten Verstoß gegen das Analogieverbot gefundenen Satzes durch die Rechtspflichttheorie, die eine Nichtabwendung des Todeserfolgs nur dann als rechtswidrig ansehe, wenn für den Unterlassenden eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung bestanden habe, ein Verstoß gegen das Gebot der Eindeutigkeit des gesetzlichen Tatbestandes¹⁸⁵). Die vom Gesetzgeber verwendeten Worte „töten“, „mißhandeln“ etc. seien vielmehr, so meint H. Mayer, die Umschreibungen von Tatbildern. Diese Tatbilder umfaßten einen großen Teil der Erfolgsherbeiführungen durch Tun (aber z. B. nicht die auf „abenteuerlichem Kausalverlauf“ basierende Erfolgsherbeiführung) und auch gewisse Unterlassungen, die das Tatbild erfüllten, z. B. den Fall der Mutter, die ihr Kind verhungern läßt¹⁸⁶). Allgemeine Grundsätze ließen sich nicht herausarbeiten, vielmehr müsse für jedes einzelne Delikt des besonderen Teils der Kreis der Tatbestandsverwirklichungen, die durch Unterlassen möglich seien, aus dem Tatbild ermittelt werden. Dabei komme es vor allem darauf an, daß das Untätigbleiben im konkreten Fall ebensoviel verbrecherische Energie erfordere wie das aktive Handeln¹⁸⁷). Die Ermittlung eines Tatbilds sei nur bei vorsätzlichen Taten möglich, bei den Fahrlässigkeitsdelikten bleibe es bei der fahrlässigen Erfolgsverursachung. Hier könne mithin die Rechtspflichttheorie angewendet werden¹⁸⁸).

Die Tatbildlehre ist der Lehre vom Tätertyp insoweit vorzuziehen, als sie nicht auf die jeweilige Täterpersönlichkeit abstellt und damit, je nachdem, ob eine dem für den in Frage kommenden Tatbestand angeblich geforderten „Tätertyp“ unterfallende Person den Erfolg verursacht oder nicht, dieselbe Handlung einmal als Verbrechen, das andere Mal als straflose Tat ansieht. Im Ergebnis kommt die Tatbildlehre aber der Lehre vom Tätertyp bedenklich nahe. Bei der Erfolgsherbeiführung durch positives Tun zwar kann man, auf objektiven Kriterien aufbauend, gewisse Formen der Erfolgsherbeiführung als nicht einem Tatbestand entsprechend ausschließen. Aber wenn es um die Frage geht, wann das Geschehenlassen eines Erfolges der positiven Erfolgsherbeiführung gleichsteht, gleitet man bei der Ausfüllung des Tatbildes in Tätertyp-Vorstellungen ab, indem nämlich die Gleichstellung doch auf subjektiver Ebene geschieht, mithin der Unterlassungstäter dem aktiv tätigen Täter gleichgestellt wird und nicht, wie es doch angebracht wäre, das Unterlassen dem Tun¹⁸⁹). Der Lebenssprachgebrauch des Volkes und das Tatbild sind obendrein sehr vage Begriffe. H. Mayer selbst bringt eine große Anzahl von Beispielen, in denen man gerade so gut entgegengesetzt entscheiden kann. Er meint z. B., daß der Schutzmann, der aus Feigheit nicht gegen den betrunkenen Messerhelden einschreite, weder als mittelbarer Täter noch als Gehilfe der durch den Messerstecher verursachten Tötung, die er als Schutzmann zu verhindern verpflichtet und in der Lage war, angesehen werden könne¹⁹⁰). Der Polizist muß indessen als Gehilfe des Messerstechers verurteilt werden, sofern man ihm nachweisen kann, daß er auch dann

¹⁸⁴) H. Mayer, 1953, S. 119.

¹⁸⁵) H. Mayer, 1953, S. 120.

¹⁸⁶) H. Mayer, 1953, S. 113/114.

¹⁸⁷) H. Mayer, 1953, S. 113.

¹⁸⁸) H. Mayer, 1953, S. 139.

¹⁸⁹) So z. B. H. Mayer, 1953, S. 113: „Die körperliche Untätigkeit ist aber im Rechtssinn als echtes Tun aufzufassen, wenn diese unechte Unterlassung das gleiche Maß rechtsfeindlicher Willensenergie verlangt, wie die positive Tätigkeit.“

¹⁹⁰) H. Mayer, 1953, S. 119.

nicht gegen den Messerstecher vorgehen wollte, wenn dieser einen Passanten tötete. An einer anderen Stelle führt H. Mayer aus, kein Vater werde wegen Vergehens nach § 223 angeklagt, der der siegreichen Prügelei seines Jungen schmunzelnd zusehe¹⁹¹). Das ist gewiß richtig, aber diese Prügelei ist ja auch gar keine Straftat. Wenn man nicht annehmen will, daß sie bereits durch eine vom anderen Kind wirksam erteilte Einwilligung gedeckt ist, wäre sie doch jedenfalls aus Gründen der Sozialadaequanz und der ständigen Übung nicht rechtswidrig. Der Vater macht sich dagegen sehr wohl nach § 223 strafbar, wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen, wenn die Prügelei mit Messern stattfindet, sein Junge etwa mit Steinen wirft oder seinem Gegner Verletzungen beibringt, die das übliche Maß übersteigen.

Aus diesen Beispielen ergibt sich schon, daß die von H. Mayer erarbeiteten Kriterien zu unscharf sind, daß sie sich demselben Einwand aussetzen, mit dem dieser Autor die herrschende Lehre wegen ihrer Lösung des Problems der unechten Unterlassungsdelikte angreift: sie führen zu einer Unbestimmtheit der gesetzlichen Tatbestände.

Es spricht somit sehr viel dafür, das alte System mit seiner engen Anlehnung an den Gesetzeswortlaut und der Prämisse, daß „töten“ dasselbe bedeutet wie „Tod verursachen“, worin dann sowohl das positive Herbeiführen wie das negative Geschehenlassen des Todes eines anderen einbegriffen ist, beizubehalten. Das von H. Mayer erarbeitete System ist, mindestens soweit die Unterlassung in Frage steht, in der Methode unsicher und in seinen Resultaten höchst unbefriedigend.

Es bleibt somit als Ergebnis unserer Untersuchung festzuhalten: Wer in tatbestandsmäßiger Form einen Erfolg, den er abwenden könnte, geschehen läßt, begeht eine Straftat durch Unterlassen; er erfüllt durch Unterlassen den objektiven Tatbestand eines Strafgesetzes nicht anders als derjenige, der durch eine willkürliche Körperbewegung den Erfolg in tatbestandsmäßiger Form herbeiführt.

¹⁹¹) H. Mayer, 1953, S. 116.

IV. Das Standortproblem

Die Meinung, daß die Tat desjenigen, der durch sein Unterlassen den Eintritt eines Erfolges nicht hindert, den Ertrinkenden beispielsweise nicht rettet, ebenso zu bewerten sei wie die Tat eines Menschen, der den Erfolg durch sein Tun herbeiführt, also in unserem Beispiel den des Schwimmens Unkundigen ins Wasser stößt, so daß er ertrinkt, wird nicht vertreten. Alle sind sich vielmehr darin einig, daß die rechtswidrige und tatbestandsmäßige Erfolgsverursachung durch Unterlassen der rechtswidrigen und tatbestandsmäßigen Erfolgsherbeiführung durch Tun nur dann gleichsteht, wenn der Unterlassende eine Rechtspflicht hatte, den Erfolg abzuwenden. Der Streit geht aber darum, ob die Gleichstellung auf der Ebene der Tatbestandsmäßigkeit oder auf derjenigen der Rechtswidrigkeit erfolgen muß.

Dieses sogenannte Standortproblem ist in der Literatur mehrfach ausführlich erörtert worden¹⁹²⁾. Da — wie schon in der Einleitung dargelegt — das Standortproblem in dieser Arbeit nicht ausführlich behandelt werden soll, begnügt sich der Verfasser damit, im folgenden die drei wichtigsten hierzu gebotenen Meinungen einander gegenüberzustellen und anschließend zu begründen, weshalb nach seiner Ansicht die Unterscheidung der Erfolgsherbeiführung durch Tun von der Erfolgsverursachung durch Unterlassen auf der Ebene der Rechtswidrigkeit erfolgen sollte.

1. Die Ansicht Naglers¹⁹³⁾.

Nagler ist der Meinung, das Geschehenlassen eines Erfolges erfülle deshalb niemals unmittelbar den Tatbestand eines Begehungsdeliktes, weil die gesetzlichen Tatbestände auf Erfolgsherbeiführung durch Tun abgestellt seien¹⁹⁴⁾. Nur nach einzelnen Vorschriften sei auch ein Unterlassen strafbar, und zwar immer dann, wenn der Unterlassende „Garant“ für den Nichteintritt des Erfolges sei¹⁹⁵⁾. Da aber alle Unterlassungen, die auf ein Versagen des Garanten zurückzuführen seien, für die gesunde Lebensauffassung und das materielle Rechtsdenken dem positiven Tun gleichstünden, müsse im Wege der Auslegung auch der ursprünglich nur positiv gefaßte gesetzliche Tatbestand dahin ausgedehnt werden, daß der durch ein Versagen des Garanten verursachte Erfolg den Tatbestand erfülle¹⁹⁶⁾.

Gegen diese Argumentation hat H. Mayer den Vorwurf erhoben, sie verstoße gegen das Analogieverbot¹⁹⁷⁾; dem kann man sich nur anschließen. Wenn nämlich die Erfolgsverursachung durch Unterlassen keine Tatbestandserfüllung sein kann, sondern der Tatbestandserfüllung erst gleichgestellt werden muß, dann wird durch diese Gleichstellung der gesetzliche Tatbestand auf Fälle er-

¹⁹²⁾ Vgl. z. B. Kissin, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten, 1933; Nagler, Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, GS 111/1 ff (1938); Francke, Zur Rechtswidrigkeit des unechten Unterlassungsdelikts, 1940.

¹⁹³⁾ Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, GS 111/55 ff (1938), und LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B I,1.

¹⁹⁴⁾ Nagler, GS 111/58 (1938).

¹⁹⁵⁾ In Bezug auf die im Gesetz geregelten Unterlassungsfälle meint Nagler in GS 111/55 (1938), die Gleichstellung der Passivität werde hier ganz ausnahmslos bei der Ausführungshandlung vollzogen. Eine Gleichstellung ist hier aber, da das Pflichtmoment für Tun und Unterlassen gemeinsam aufgestellt wird, weder möglich noch notwendig. In § 223b z. B. ist die Fürsorgepflicht Voraussetzung sowohl für die Bestrafung wegen Mißhandlung als auch für die Bestrafung wegen böswilliger Vernachlässigung.

¹⁹⁶⁾ Nagler in GS 111/55 ff (1938) und in LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B I,1.

¹⁹⁷⁾ H. Mayer, Das Analogieverbot im gegenwärtigen deutschen Strafrecht, SJZ 1947, Spalte 15, und Lehrbuch, 1953, S. 119/120.

weitert, für die er offenbar nicht gedacht war¹⁹⁸⁾. Dieses Verfahren fällt schwerlich noch unter die Rubrik der erlaubten Auslegung. Da das Analogieverbot heute wieder besteht, müßte Nagler von seinem Standpunkt aus konsequenterweise zu dem Ergebnis kommen, daß das unechte Unterlassungsdelikt — sofern nicht ausnahmsweise der gesetzliche Tatbestand als unechtes Unterlassungsdelikt gefaßt ist, wie in den §§ 221, 223b, 315 u. a. — mangels Tatbestandsmäßigkeit nicht bestraft werden kann¹⁹⁹⁾.

2. Die Ansichten Maurachs und Vogts.

Maurach²⁰⁰⁾ und Vogt²⁰¹⁾ erblicken den Standort der Gleichstellung von Tun und Unterlassen ebenfalls in der Tatbestandsmäßigkeit. Sie stehen auf dem Standpunkt, daß das kausale Geschehenlassen in tatbestandsmäßiger Form zwar in aller Regel den Tatbestand des Gesetzes erfülle²⁰²⁾, beschränken die Strafbarkeit aber insofern, als sie zur Präzisierung und Einschränkung des gesetzlichen Tatbestandes die Rechtspflicht zum Handeln als ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal fordern²⁰³⁾. Gegen diese Schriftsteller kann der Vorwurf, ihre Ansicht verstoße gegen das Analogieverbot, nicht erhoben werden; denn die Präzisierung und damit Einschränkung des Tatbestandes mittels Heranziehung rechtlicher, außertatbestandlicher Erwägungen wäre als strafeinschränkende Analogie erlaubt. Sie würde auch nicht gegen den Grundsatz der Bestimmtheit der gesetzlichen Tatbestände verstoßen, da auch der am besten formulierte Tatbestand noch ausgelegt werden muß. Läßt sich der gegen Naglers Begründung zu Recht erhobene Vorwurf mithin gegen die Konstruktion Maurachs und Vogts nicht erheben, so bleibt umgekehrt die Frage offen, warum gerade für die unechten Unterlassungsdelikte, wenn sie schon den gesetzlichen Tatbestand erfüllen, noch ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal verlangt wird. Diese Frage beantworten Maurach und Vogt verschieden.

Maurach hält die gesetzlichen Tatbestände für „vertypptes Unrecht“, er meint also, daß die Erfüllung der gesetzlichen Tatbestände regelmäßig rechtswidrig sei und nur ganz ausnahmsweise gerechtfertigt werden könne²⁰⁴⁾. Die Erfolgsverursachung durch Unterlassung sei in der Regel kein Unrecht, und was in der Regel kein Unrecht ist, könne nicht in einem gesetzlichen Tatbestand „vertyppt“ sein²⁰⁵⁾. Daher könne nur die typisch unrechtmäßige Erfolgsverursachung durch Unterlassen den gesetzlichen Tatbestand erfüllen; typisch unrechtmäßig sei aber die Erfolgsverursachung durch Unterlassen nur dann, wenn der Unterlassende Garant für den Nichteintritt des Erfolges sei. Die Garantenstellung gehöre daher bei den unechten Unterlassungsdelikten als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zum gesetzlichen Tatbestand²⁰⁶⁾.

¹⁹⁸⁾ Schlosky, Begehung einer Straftat durch Unterlassung, DStR 1940/136, sagt mit Recht, eine nicht tatbestandsmäßige Unterlassung werde auch durch eine Rechtspflicht zum Handeln nicht tatbestandsmäßig.

¹⁹⁹⁾ Diese Konsequenz zieht Nagler freilich nicht. Er meint vielmehr, er halte sich noch im Rahmen erlaubter Auslegung, LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2. B, I, 1. — Naglers Ansicht über den Standort der Rechtspflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten wird noch vertreten von E. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1938. S. 80; Gallas in JZ 1952/373, und Schönke-Schröder, 1954, Vorbem. VII, 1.

²⁰⁰⁾ Maurach, Deutsches Strafrecht, AT, 1954, S. 233f.

²⁰¹⁾ Vogt, Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung, ZStW 63/381 ff (1951).

²⁰²⁾ Maurach, Allg. Teil, 1954, S. 235; Vogt, ZStW 63/384 (1951).

²⁰³⁾ Maurach, Allg. Teil, 1954, S. 237; Vogt, ZStW 63/411 (1951).

²⁰⁴⁾ Maurach, Allg. Teil, 1954, S. 193, 191.

²⁰⁵⁾ Maurach, Allg. Teil, 1954, S. 235.

²⁰⁶⁾ Maurach, Allg. Teil, 1954, S. 235.

Gegen die Ansicht Maurachs muß eingewendet werden, daß die gesetzlichen Tatbestände in ihrer Mehrzahl kein vertyptes Unrecht enthalten, sondern einen Vorgang beschreiben, der ebenso oft, wenn nicht öfters, rechtmäßig wie unrechtmäßig ist. Eine große Anzahl von Beleidigungen ist wegen Wahrnehmung berechtigter Interessen rechtmäßig. Bei den Tatbeständen der Körperverletzungs-, Tötungs-, Freiheitsberaubungs- und Sachbeschädigungsdelikte „indiziert“ die Tatbestandserfüllung nur theoretisch die Rechtswidrigkeit; denn das vorläufige Indiz wird in der Mehrzahl der Fälle durch Rechtfertigungsgründe wieder aufgehoben. Nimmt man die soziale Adaequanz und das erlaubte Risiko als Rechtfertigungsgründe hinzu, dann gibt es zwar für jeden nicht unwertbetonten Fall der Tatbestandsverwirklichung einen Rechtfertigungsgrund. Die Tatbestandsverwirklichung ist regelmäßig nicht rechtswidrig, sondern meistens rechtmäßig. Die Rechtswidrigkeit wird aber nur indiziert, wenn die Erfüllung des Tatbestandes regelmäßig rechtswidrig ist. Die meisten Verursachungen des Todes eines Menschen sind nicht rechtswidrig. Sie sind sozialadaequat oder liegen im Rahmen des erlaubten Risikos. So ist in aller Regel niemand wegen Totschlags oder fahrlässiger Tötung strafbar, der einem Menschen zu einer Seereise verhilft, bei deren Verlauf er umkommt. Hier fehlt nicht nur die Schuld sondern auch die Rechtswidrigkeit der Tötung. Die Tötung im Kriege ist ebenfalls nicht rechtswidrig. Die Körperverletzungen bei Reisen, Sportveranstaltungen und ärztlichen Heileingriffen, die nicht rechtswidrig sind, sind die Regel, kriminelle Körperverletzungen die Ausnahme. Auch die rechtmäßigen Freiheitsberaubungen durch Verhaftung oder durch andere obrigkeitliche Maßnahmen, durch den Schaffner in Eisenbahn und Straßenbahn, der das Aussteigen an anderen Plätzen als den Haltestellen verbietet, oder durch den Lehrer, der gegen einen Schüler „Karzer“ verhängt, überwiegen zahlenmäßig bei weitem die rechtswidrigen Einsperrungen. Sachbeschädigung schließlich ist die hauptsächliche Tätigkeit großer Berufszweige. Die kriminellen Sachbeschädigungen befinden sich in einer verschwindenden Minderheit. Geht man nicht von dem finalen Handlungsbegriff aus, so ist die Tatbestandserfüllung der Vermögensdelikte (Diebstahl, schwerer Diebstahl, Raub, Betrug, Urkundenfälschung, Hehlerei und Begünstigung) nicht rechtswidrige Deliktsverwirklichung. Die tatbestandsmäßige Handlung ist zwar in einigen Fällen aus zivilrechtlichen Gesichtspunkten (verbotene Eigenmacht z. B.) widerrechtlich, indessen trifft das bei Betrug, Versicherungsbetrug, Urkundenfälschung und Hehlerei oft nicht zu. Hier wird der Verstoß gegen die Rechtsordnung überhaupt erst in der Absicht zu finden sein, mit der die tatbestandsmäßige Handlung vorgenommen wurde. Nötigung und Erpressung sind vom Gesetzgeber im Tatbestand so gefaßt worden, daß die Verwirklichung des Tatbestandes die Rechtswidrigkeit nicht indiziert. Ob eine Nötigung oder Erpressung rechtswidrig ist, ergibt sich vielmehr erst aus der Prüfung der vom Gesetzgeber formulierten Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit. Die Ansicht Schönkes, daß es sich bei diesen Rechtswidrigkeitsmerkmalen in Wahrheit um Merkmale des Tatbestandes handle²⁰⁷⁾, ist angesichts der eindeutigen Fassung des Gesetzes („rechtswidrig ist die Tat, wenn . . .“) unhaltbar. Gegenüber diesen Tatbeständen, in denen Vorgänge erfaßt sind, die häufiger Recht als Unrecht sind, fallen die gesetzlichen Bestimmungen, die — wie z. B. die Sittlichkeitsdelikte — fast immer auch rechtswidrig sind, an Bedeutung nicht stark ins Gewicht. Wenn es aber nicht richtig ist, daß die normalerweise auf ein Tun abgestellten gesetzlichen Tatbestände regelmäßig vertyptes Unrecht

²⁰⁷⁾ Schönke-Schröder, 1954, Anm. V,1 zu § 240.

sind, dann ist auch nicht einzusehen, weshalb nicht auch die in der Regel rechtmäßige Erfolgsverursachung durch Unterlassen den gesetzlichen Tatbestand erfüllen sollte.

Vogt begründet seine Ansicht, daß die Verletzung der Erfolgsabwendungspflicht ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal sei, folgendermaßen²⁰⁸). Aus zahlreichen Vorschriften des besonderen Teils ergebe sich, daß der Tatbestand der Bestimmungen, die als unechte Unterlassungen formuliert seien, immer dort erfüllt sei, wo der Unterlassende durch eine engere soziale Ordnung zur Abwendung des mißbilligten Erfolges verpflichtet sei²⁰⁹). Eine engere soziale Ordnung bestehe z. B. zwischen Familienangehörigen. Vogts Argumentation ist nicht zwingend. Aus der Bildung von Sondertatbeständen folgt nicht notwendig, daß der Gesetzgeber die in den Sondertatbeständen verwendeten Kriterien auch in allen anderen Fällen als Tatbestandsmerkmale angesehen wissen will. Man kann z. B. aus § 121 zwar entnehmen, daß der Gesetzgeber das Entweichenlassen eines Gefangenen nur dann für ebenso strafbar hält wie eine aktive Gefangenenerbefreiung, wenn der Täter mit der Beaufsichtigung oder Begleitung des Gefangenen beauftragt war, der Standort der Gleichstellung, ob Tatbestandsmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit, wird damit nicht festgelegt, nicht für § 121 und erst recht nicht generell²¹⁰).

3. Die herrschende Meinung.

Die Mehrzahl der Strafrechtsautoren²¹¹), das Reichsgericht²¹²) und der überwiegende Teil der höchstrichterlichen Rechtsprechung nach dem Kriege²¹³) halten die Rechtswidrigkeit für den Standort der Rechtspflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten. Der BGH hat allerdings in einer Entscheidung vom 3. Juli 1952 den Sitz der Rechtspflicht in den Tatbestand verlegt²¹⁴). Er hat es aber unterlassen, dafür eine Begründung zu geben und auf die bis zu dieser Entscheidung einhellige Rechtsprechung einzugehen. Zur Begründung für seine Meinung berief er sich lediglich auf einen Aufsatz von Gallas, in welchem dieser das Standortproblem nur beiläufig streift²¹⁵), sowie auf eine Stelle aus dem Grundriß von Welzel, der seine Ansicht inzwischen aber geändert hat²¹⁶). In einer späteren Entscheidung hat der BGH den Standort der Rechtspflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten wieder ausdrücklich in der Rechtswidrigkeit bestimmt²¹⁷).

²⁰⁸) Vogt, ZStW 63/411 (1951).

²⁰⁹) Vogt, ZStW 63/396 bis 398 (1951).

²¹⁰) Darauf hat schon Roeder, Zum Standortproblem der unechten Unterlassungsdelikte, DStR 1941/158, hingewiesen.

²¹¹) M. E. Mayer, 1923, S. 191; v. Hippel, Deutsches Strafrecht II, 1930, S. 161; Frank, 1931, Anm. IV zu § 1; Kissin, 1933, S. 72; Graf zu Dohna, 1936, S. 29; Niethammer, ZStW 57/440 (1938); Georgakakis, 1938, S. 20/21; Schlosky, DStR 1940/131; Roeder, DStR 1940/9 und 1941/108; Olshausen, 1942, Anm. 5 vor § 47; Mühlmann-Bommel, 1949, Anm. 3d, 2 zu § 1; Wegner, 1951, S. 113; Mezger, Stud. Buch, Allg. Teil, 1955, S. 59; Schwarz, StGB, 1954, Anm. 3D vor § 1; Welzel, NJW 1953/329, und 3. Aufl., 1954, S. 155; Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 1955, S. 89.

²¹²) z. B. RGSt 58/130 (1924).

²¹³) OGHSt 1/87 (1948); OLG Hamm in HEST 2/243 (1949).

²¹⁴) BGHSt 3/82 ff (1952). Auf Seite 89 heißt es: „... bei den unechten Unterlassungsdelikten gehört die besondere Rechtspflicht, zu handeln, zum Tatbestand und nicht zur Rechtswidrigkeit (Welzel, S. 93, Gallas JZ 1952/373).“

²¹⁵) Anm. zum BGH-Urteil vom 12. 2. 1952, JZ 52/373.

²¹⁶) Grundriß, 1949, S. 89, 90, 93; jetzt wieder wie h. L.: Lehrbuch, 3. Aufl., 1954, S. 155/156.

²¹⁷) BGHSt 7/268 ff (bes. 270—272), 1954.

Man kann also auch heute noch die Auffassung, derzufolge der Standort der Rechtspflicht die Rechtswidrigkeit ist, die sogenannte Rechtspflichttheorie, als in der Rechtsprechung herrschend bezeichnen.

Nach der Rechtspflichtlehre wird der Tatbestand der Begehungsdelikte durch Tun auch durch ein Unterlassen erfüllt. Die Rechtsprechung und die Mehrzahl der Rechtslehrer, die dieser Theorie folgen, sind der Meinung, die Erfolgsherbeiführung durch Tun indiziere in der Regel die Rechtswidrigkeit, bei der Erfolgsherbeiführung durch Unterlassung müsse aber die Rechtswidrigkeit besonders bestimmt werden. Sie äußern sich aber nicht zu der Frage, warum dieser Unterschied zwischen der Tatbestandserfüllung durch Tun und der Tatbestandserfüllung durch Unterlassen besteht, geben also keine Begründung dafür, daß sie die Rechtswidrigkeit für den Standort der Rechtspflicht halten²¹⁸). Die Anhänger der Rechtspflichtlehre, die zugleich einen materialen Rechtswidrigkeitsbegriff vertreten²¹⁹), weisen darauf hin, daß die Rechtswidrigkeit nie indiziert wird, sondern bei jeder Tatbestandserfüllung, gleichgültig ob sie durch ein Tun oder ein Unterlassen erfolge, besonders geprüft und nach einheitlichen Gesichtspunkten beurteilt werden müsse. Folgt man dieser Ansicht, so ergibt sich zwangsläufig, daß die Rechtswidrigkeit der Standort der Rechtspflicht ist.

4. Die eigene Ansicht.

Der herrschenden Ansicht in der Rechtsprechung und der überwiegenden Meinung in der Literatur ist im Ergebnis beizutreten. Die Gleichstellung von Tun und Unterlassen muß auf der Ebene der Rechtswidrigkeit vorgenommen werden.

Wir haben oben, bei der Kritik der Ansicht Maurachs, festgestellt, daß die gesetzlichen Tatbestände in der Regel kein „vertypstes Unrecht“ erfassen, die Tatbestandsmäßigkeit also die Rechtswidrigkeit nicht indiziert. Damit entfällt auch die Notwendigkeit, die Gleichstellung von Tun und Unterlassen auf der Ebene der Tatbestandsmäßigkeit vorzunehmen.

Daß die Rechtswidrigkeit aber der Standort der Gleichstellung ist, ergibt sich aus ihrer Funktion: der objektiven Bewertung der Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes. Wie in den ersten drei Abschnitten des ersten Teils dieser Arbeit dargelegt ist, sind Tun und Unterlassen in ihren Wirkungen nicht verschieden. Ein Unterschied besteht aber bei der Bewertung von Tun und Unterlassen. Die Ursachen der unterschiedlichen Bewertung liegen in der menschlichen Natur begründet. Es ist dem Menschen in der Regel leichter, ein Verbot zu halten als einem Gebot Folge zu leisten. Schon die zehn Gebote haben Verbots-, nicht Gebotscharakter. Die Formulierung „Du sollst nicht“ steht im Vordergrund. Da es dem Menschen aber leichter ist, das Böse zu unterlassen als das Gute zu tun, bewertet es die Allgemeinheit nur ausnahmsweise gleich, ob jemand einen verbotenen Erfolg durch Tun herbeiführt oder durch Unterlassen geschehen läßt. Die Gleichstellung von Tun und Unterlassen ist also eine Bewertung und muß schon deshalb auf der Ebene der Rechtswidrigkeit erfolgen.

²¹⁸) vgl. z. B. Frank, 1931, Anm. IV zu § 1; RGSt 58/130 ff, besonders S. 131/132 (1924).

²¹⁹) Sauer, Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, Festgabe für Frank, 1930, S. 214 ff; Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 1955, S. 87; Kissin, 1933, S. 68, 69; Roeder, Zum Standortproblem der unechten Unterlassungsdelikte, DStR 1941/108.

Auch im Strafgesetzbuch richten sich die Strafdrohungen in der Regel an den der Böses zu tun beabsichtigt. In einer Reihe von Vorschriften ist aber ausdrücklich auch das Geschehenlassen eines Erfolges mit einer Strafdrohung versehen. Dabei wendet sich das Strafgesetz aber nicht an alle Menschen, sondern an einen bestimmten Personenkreis:

§ 100c Abs. 2 bestraft wegen fahrlässigen Landesverrats denjenigen, der kraft seiner Amtsstellung Zugang zu einem Staatsgeheimnis hat und dieses Staatsgeheimnis fahrlässig an einen Unbefugten gelangen läßt. Dahin gehört z. B. der Fall, daß er gewisse Sicherheitsmaßnahmen unterläßt. Hier ist es die Amtsstellung, die den Täter zu einem erfolgsabwendenden Handeln verpflichtet;

nach § 120 wird bestraft, wer einen Gefangenen befreit oder ihm bei seiner Selbstbefreiung behilflich ist. Nach § 121 wird aber auch derjenige bestraft, der das Entweichen eines Gefangenen geschehen läßt, sofern ihm die Beaufsichtigung des Gefangenen übertragen worden ist. Während sich das Verbot, Gefangene zu befreien, mithin an alle Personen richtet, erstreckt sich das Gebot, das Entweichen Gefangener zu verhindern, nur auf einen besonderen Personenkreis, eben die mit der Beaufsichtigung der Gefangenen Betrauten;

verwandschaftliche oder vertragliche Fürsorgepflichten, aber auch vorausgegangenes Tun, sind die Voraussetzungen, die in der Person des Täters der unechten Unterlassungsdelikte gemäß §§ 221, 223b, 170b, 170c und 170d vorliegen müssen;

aus § 180 Abs. 3 ergibt sich die Pflicht des Wohnungsinhabers, keine Zimmer an Personen unter 18 Jahre zu vermieten bzw. entsprechende Mietverträge zu kündigen, wenn diese Personen der Unzucht nachgehen;

der Transportgefährdung durch positives Tun stellt § 315 ausdrücklich die pflichtwidrige Unterlassung der Abwendung einer Transportgefährdung gleich;

schließlich ist die Amtspflicht des Beamten zur Erfolgshinderung seiner Pflicht zur ordnungsmäßigen, positiven Dienstausbübung in den §§ 340, 341, 343, 347, 355 und 357 gleichgestellt.

Aus den genannten gesetzlichen Bestimmungen ergibt sich, daß unwertmäßig dem positiven Tun ein Unterlassen immer dann gleichsteht, wenn der Täter eine besondere Stellung einnimmt, die ihn zur Erfolgshinderung verpflichtet²²⁰). Kissin und Sauer meinen, die gesetzliche Fassung einiger unechter Unterlassungsdelikte sei auf die konkreten Tatbestände zugeschnitten und der Verallgemeinerung nicht fähig²²¹). Sie nehmen daher die Gleichstellung von Tun und Unterlassen auf dem Gebiet der Rechtswidrigkeit nach Gesichtspunkten, die in der Gesetzgebung nicht zum Ausdruck gekommen sind, vor²²²). Die bessere Methode erscheint demgegenüber die zu sein, festzustellen, ob der Gesetzgeber über die Rechtswidrigkeit der unechten Unterlassungsdelikte eine Regelung getroffen hat und zu prüfen, ob die einzelne Regelung einer Verallgemeinerung fähig ist. Die wichtigen Rechtfertigungsgründe der Einwilligung, des erlaubten Risikos und des übergesetzlichen Notstandes sind im Strafrecht überhaupt

²²⁰) Ebenso Roeder, Zum Standortproblem der unechten Unterlassungsdelikte, DStR 1941/158; Welzel, 4. Aufl., 1954, S. 156.

²²¹) Kissin, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten, 1933, S. 96 ff; Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 1955, S. 87 ff.

²²²) Einzelheiten siehe 2. Teil, II,1 dieser Arbeit.

nicht²²³) oder nur am Rande und unvollständig²²⁴) geregelt, gelten aber unbestritten im ganzen Gebiet des Strafrechts²²⁵). Demnach ist es weder ungewöhnlich noch unzulässig, aus der Regelung der im Gesetz behandelten Fälle der unechten Unterlassung einen allgemeinen Grundsatz zu entwickeln, nach dem die Rechtswidrigkeit aller unechten Unterlassungsdelikte festgestellt wird. Nicht anders ist aus der Vorschrift des § 226a für weite Abschnitte des Strafrechts der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung entwickelt worden, der nach der Stellung, die ihm der Gesetzgeber gegeben hat, nur für die Fälle der Körperverletzung zu bestehen scheint.

Der Vorwurf, daß die materielle Bestimmung der Rechtswidrigkeit zur Rechtsunsicherheit führe, ist nicht berechtigt. Keiner der in der Rechtsprechung und Literatur unternommenen Lösungsversuche kann alle Unsicherheiten ausschließen²²⁶). Wenn bei der materiellen Bestimmung der Rechtswidrigkeit die Entscheidung, ob der Hauseigentümer, der zur Löschung seines Hauses nichts unternimmt, eine rechtswidrige Brandstiftung durch Unterlassen begeht oder nicht, unterschiedlich beantwortet wird, so wird dieselbe Unsicherheit bei denen zu finden sein, die feststellen müssen, ob der Hauseigentümer dem Typ des Brandstifters entspreche oder nicht, ob die Handlung in das Tatbild des § 306 passe oder nicht, ob das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Rechtspflicht gegeben sei oder nicht, und ob der Hauseigentümer der Garant für den Nicht-eintritt des Erfolges sei oder nicht.

Als Ergebnis ist also festzuhalten, daß als Standort der Rechtspflicht richtigerweise die Rechtswidrigkeit anzusehen ist, und daß für die Bestimmung der Rechtspflichten die vom Gesetzgeber geregelten Fälle unechter Unterlassungsdelikte heranzuziehen sind.

Das Standortproblem hätte dann nur theoretische Bedeutung, wenn nicht in letzter Zeit der Irrtum auf dem Gebiet der Rechtswidrigkeit anders behandelt würde als der Irrtum auf dem Gebiet des Tatbestandes²²⁷). Ist der Standort der Rechtspflicht der Tatbestand, dann schließt ein Irrtum des Täters über das Bestehen oder den Umfang der Rechtspflicht den Vorsatz aus. Es kommt dann — falls fahrlässige Begehung überhaupt strafbar ist — eine Bestrafung nur wegen fahrlässiger Tatbestandserfüllung in Betracht. Ist der Standort der Rechtspflicht aber die Rechtswidrigkeit, dann muß, falls man die Gesichtspunkte des Verbotsirrtums anwenden will, auch bei einem fahrlässigen Irrtum Bestrafung aus dem vorsätzlichen Delikt erfolgen²²⁸). Umgekehrt ist die irrige Annahme, zur Erfolgsabwehr verpflichtet zu sein, und die Verletzung dieser irtümlich angenommenen Pflicht in einem Fall untauglicher — und damit nach der Rechtsprechung strafbarer — Versuch, falls man Welzel folgt, nicht strafbares Wahndelikt²²⁹).

²²³) Vgl. z. B. die BGB-Notstände und das Verhaftungs- und sonstige rechtfertigende Zwangsrecht der Polizei.

²²⁴) Vgl. die Einwilligung in § 226 a und die Güterabwägung in § 193.

²²⁵) Vgl. für die Einwilligung: Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 70; für den übergesetzlichen Notstand: Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 66.

²²⁶) Das hat schon Vogt, ZStW 63/395 (1951), treffend dargetan.

²²⁷) Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 119 ff; BGHSt 2/194 (1952).

²²⁸) Die in Anmerkung ²²⁷) Genannten. Anderer Ansicht allerdings Schönke-Schröder, 1954, Anm. IX, 1 zu § 59.

²²⁹) Vgl. Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 143/144.

Führt mithin die Bestimmung des Standorts der Rechtspflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten zu unterschiedlichen Ergebnissen beim Irrtum, je nachdem, ob man die Tatbestandsmäßigkeit oder die Rechtswidrigkeit als den Standort ansieht, so ist sie im übrigen doch nicht von praktischer Bedeutung. Jedenfalls hängt eine Verpflichtung zur Erfolgsabwendung nicht davon ab, ob die Verpflichtung als ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal oder als ein Rechtswidrigkeitsmerkmal aufgefaßt wird. Daher ist die Entscheidung in der Standortfrage ohne Einfluß auf die in dieser Arbeit behandelten speziellen Probleme.

2. Teil: Wann besteht im einzelnen eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung?

I. Kritische Untersuchung der Kategorien der Rechtspflichten

Wie oben dargelegt worden ist, richten sich die im Strafgesetzbuch normierten Erfolgsabwendungsgebote im Gegensatz zu den die Regel bildenden Handlungsverboten nicht an alle, sondern nur an einen besonderen Täterkreis; nämlich an diejenigen, die nach ihrer durch die Rechtsordnung begründeten Lebensstellung²³⁰⁾ ihrer freiwillig übernommenen Verpflichtung²³¹⁾ oder ihrem eigenen vorangegangenen Tun²³²⁾ zur Erfolgsabwendung verpflichtet sind. Auch die Rechtsprechung²³³⁾ und die herrschende Lehre²³⁴⁾ kennen — gleichgültig, ob sie der hier vertretenen Auffassung über die materielle Bestimmung der Rechtswidrigkeit bei den unechten Unterlassungsdelikten folgen oder nicht — die Rechtspflichten aus Gesetz, aus Vertrag und aus vorangegangenem Tun.

Manche Autoren stellen neben den drei Genannten noch eine vierte — aus der sozialen Sonderstellung des Erfolgsabwendungsverpflichteten herrührende — Rechtspflicht auf²³⁵⁾. Einer solchen vierten Kategorie bedarf es indessen nicht; denn jede wirkliche soziale Sonderstellung wird von der Rechtsordnung anerkannt und umschrieben, die aus ihr folgenden Rechtspflichten ergeben sich also „aus Gesetz“.

Von der üblichen Dreiteilung der Rechtspflichten weicht auch ab, wer die Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun als gewohnheitsrechtliche Pflichtbegründung zu den gesetzlich festgelegten Rechtspflichten zählt²³⁶⁾. Diese Ansicht läßt sich nicht halten. Es mag zwar heute schon zum Gewohnheitsrecht geworden sein, daß eine Erfolgsabwendung aus vorangegangenem gefahrbezüglichen oder gefahrsteigernden Tun folgt, der Grund für diese Folge ist aber nicht das Gesetz, sondern eben die Vorhandlung. Mit derselben Begründung könnte man nämlich auch beweisen, daß die Rechtspflicht aus Vertrag heute bereits auf Gewohnheitsrecht beruhe und mithin als Rechtspflicht aus Gesetz angesehen werden müsse.

Bei dieser Sachlage ist es gewiß das Richtige, sich an die drei „klassischen“ Rechtspflichten aus Gesetz, Vertrag und vorangegangenem Tun zu halten. Die Bezeichnungen sind zwar, wie noch zu zeigen sein wird, nicht ganz treffend, sie sollen hier aber verwendet werden, weil sie allgemein gebräuchlich sind.

²³⁰⁾ Die leiblichen Eltern dürfen nach § 221 Abs. 2 ihr Kind nicht in hilfloser Lage verlassen.

²³¹⁾ Derjenige, dem auf Grund eines Rechtsgeschäfts die Pflicht obliegt, für fremde Vermögensinteressen zu sorgen, macht sich der Untreue nach § 266 strafbar, wenn der Treugeber durch Vernachlässigung seiner Pflicht Schaden erleidet.

²³²⁾ Der uneheliche Erzeuger darf seine Hilfe der von ihm Geschwängerten nicht versagen: § 170c.

²³³⁾ RGSt 63/392 (1930), 68/99 ff (1934).

²³⁴⁾ Z. B. Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 1955, S. 91; Mezger, Studienbuch, Allg. Teil, 1955, S. 73/74.

²³⁵⁾ Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, 1950, S. 5 Nagler und Mezger in LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B I, 3a, nennen diese Rechtspflicht „sozialethisch“, Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 154, leitet sie aus einem „speziellen Vertrauensverhältnis“ ab.

²³⁶⁾ Nagler und Mezger in LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B I, 3a.

1. Die Rechtspflicht aus Gesetz.

a) Die Quellen dieser Rechtspflicht.

Das Strafgesetzbuch knüpft an verschiedene Lebensstellungen bestimmte Pflichten zur Abwendung bestimmter Erfolge. Diese Pflichten sind nicht freiwillig übernommen, sie hängen vielmehr mit der Stellung des Verpflichteten unlöslich zusammen. Wir nennen sie daher Rechtspflichten kraft Gesetzes. Solche Rechtspflichten erwachsen aus der Ehe (§ 170), der Elternschaft (§§ 170c, 221, 223b), der Vormund- und Pflegschaft (§ 266), der Stellung als Wohnungsinhaber (§ 223b: „seinem Hausstand angehören“) und als Beamter (§§ 340, 341, 347, 357). Einige Berufe kennen noch gewisse gesetzliche Erfolgsabwendungspflichten im Interesse der Allgemeinheit, z. B. der Beruf des Wirtes (die Bestimmungen der Meldeordnung), des Arztes (§ 300), des Rechtsanwaltes (§ 300) und des Lehrers (§§ 174, 181). Schließlich ergeben sich für den Verkehrsteilnehmer gewisse gesetzliche Rechtspflichten (die Bestimmungen der Straßenverkehrsordnung). Von den insgesamt achtzig in der vorliegenden Arbeit herangezogenen höchstrichterlichen Entscheidungen, bei denen die Verletzung einer dem Täter kraft Gesetzes obliegenden Rechtspflicht behandelt wurde, waren in 71 Fällen die Rechtspflichten aus einer der im Vorstehenden aufgeführten Lebensstellungen abgeleitet, und zwar in 18 Fällen aus der Stellung als Wohnungsinhaber, in 17 Fällen aus der Stellung als Beamter, in 16 Fällen aus der Stellung als Vater oder Mutter, in 14 Fällen aus der Stellung als Ehemann oder Ehefrau, in je 2 Fällen aus der Stellung als Wirt oder Lastkraftwagen-Beifahrer und in je 1 Fall aus der Stellung als Vormund oder als Arzt. Die 9 verbleibenden Fälle, in denen die Gerichte die Verletzung einer Rechtspflicht aus Gesetz festgestellt haben, sind m. E. nicht richtig entschieden. In 3 Fällen wurde die Rechtspflicht aus der Stellung als Großmutter, in je 2 Fällen aus der Stellung als Verlobter oder aus der Stellung als Mitglied der Hausgemeinschaft und in je 1 Fall aus der Stellung als Erbhofbäuerin oder schlicht als Volksgenosse hergeleitet. Diese 9 Fälle werden im Laufe der folgenden Untersuchungen noch ausführlicher erörtert werden.

Die Rechtspflichten, die sich im Arbeitsverhältnis für den Arbeitgeber und den Arbeitnehmer, im Versicherungsvertrag für den Versicherungsnehmer und bei der öffentlichen Fürsorge für den Fürsorgeunterstützungsempfänger ergeben, werden unter den Rechtspflichten aus Vertrag oder aus vorangegangenen Tun behandelt werden. In der Literatur findet man teilweise die Ansicht, es handle sich bei den genannten Sachverhalten um Rechtspflichten aus Gesetz, weil das Gesetz verschiedene Rechtspflichten für diese Rechtsverhältnisse aufstelle, wie z. B. die durch § 618 BGB begründete Verpflichtung des Arbeitgebers, für gesunde Arbeitsbedingungen seiner Arbeitnehmer zu sorgen²³⁷). Diese schematische Eingruppierung halte ich nicht für richtig. Soweit Gesetze Vertragsverhältnisse regeln, wird die gesetzliche Pflicht eben doch freiwillig übernommen. Sie gilt ja auch nicht außerhalb des Vertragsverhältnisses und gegenüber anderen Personen als den Vertragspartnern. Der Schwerpunkt liegt also bei der freiwilligen Übernahme der Pflicht, nicht bei der gesetzlichen Anordnung. Wollte man bei einem Vertrag die Verletzung der vom Gesetzgeber normierten Vertragspflichten anders behandeln als die Verletzung der dem Grundsatz der

²³⁷) So behandeln beispielsweise Nagler und Mezger in LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B, I, 3a, die Rechtspflichten aus dem Arbeitsverhältnis als Rechtspflichten aus Gesetz. Die Rechtsprechung behandelt die Rechtspflichten aus dem Arbeitsverhältnis aber richtig als Rechtspflichten aus Vertrag: BGHSt 2/324 (1952), 5/187 ff, bes. S. 189 und 190 (1953).

Vertragsfreiheit entsprechend zwischen den Parteien vereinbarten Pflichten, so würde Zusammengehöriges auseinandergerissen und eine einheitliche Behandlung der Nichterfüllung einer freiwillig übernommenen Pflicht erschwert.

Begründen nur bestimmte Stellungen Rechtspflichten²³⁸⁾, so ist auch innerhalb dieser bestimmten Stellungen der Erfolgsabwendungsverpflichtete nicht schlechthin zur Abwehr aller Gefahren verpflichtet. Strafrechtlich verantwortlich ist er nur für die Vernachlässigung der Pflicht, die für die von ihm eingenommene Stellung typisch ist. Zur Verdeutlichung dieser Einschränkung der Erfolgsabwendungsverpflichtung möge das Urteil des Reichsgerichts vom 9. Oktober 1935 dienen, durch das ein höherer SA-Führer wegen Verkehrsunfallflucht verurteilt wurde, weil er die Fahrerflucht eines Untergebenen, der einen schweren Unfall verursacht hatte, nicht verhinderte²³⁹⁾. Das RG führt unter Berufung auf § 3 des Gesetzes zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat aus, der Angeklagte habe mit seiner Stellung als SA-Führer gegenüber der Volksgemeinschaft die Pflicht übernommen, Straftaten seiner Untergebenen zu verhindern. Das Urteil fand in der Lehre alsbald heftige Kritik²⁴⁰⁾. Niemand bestritt, daß eine Rechtspflicht des SA-Führers bestanden habe, die von diesem verletzt worden sei. In Frage stand nur, ob die Verletzung dieser Rechtspflicht disziplinarische oder strafrechtliche Folgen nach sich ziehen sollte²⁴¹⁾. Roeder sagte hierzu, das Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat sei nicht zum Schutz des Straßenverkehrs ergangen²⁴²⁾. Ebenso wie Nagler und Drost verneinte er eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des SA-Führers für die Fahrerflucht seines Untergebenen und hielt das Verhalten nur für ein Disziplinarvergehen. Das RG dürfte indessen richtig entschieden haben. Wenn schon die SA im „Dritten Reich“, eben durch die Einheit von Partei und Staat, zahlreiche Privilegien (Recht auf Waffengebrauch, Benutzung von Dienstfahrzeugen, Tragen einer besonderen Uniform) und staatliche Unterstützung erhielt, so daß sie, jedenfalls in den ersten Jahren, eine Art Nebenpolizei wurde, dann traf ihre Angehörigen auch gegenüber der Allgemeinheit die Rechtspflicht, Straftaten zu verhindern. Daß danach insbesondere der SA-Führer Straftaten seines Untergebenen verhindern mußte, liegt auf der Hand. Die Kritik, die die Entscheidung später erfahren hat, beruht gewiß u. a. auch auf der Tatsache, daß die SA inzwischen an Bedeutung verloren hatte. Von polizeiähnlichen Rechten und Pflichten der SA konnte gegen Ende des Dritten Reiches in der Tat keine Rede mehr sein. Für einen Fall aus dem Jahre 1935 aber war die damalige tatsächliche und rechtliche Stellung der SA zugrunde zu legen. Das RG hat zutreffend entschieden.

Aus dem Umstand, daß die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung vom Gesetz immer nur einer bestimmten Gruppe von besonders Verpflichteten auferlegt wird, ergibt sich aber auch, daß die Tätigkeitsgebote des Strafrechts, die sich an alle wenden, also in erster Linie die §§ 138 und 330c, eine Erfolgsabwen-

²³⁸⁾ Das ist unbestritten. RGSt 74/185 ff (1940) hat am Rande erwogen (S. 189), ob nicht jeder Volksgenosse die Pflicht habe, strafbare Handlungen anderer zu verhindern. Dieser Gedanke ist von Lehre und Rechtsprechung mit Recht nicht weiter verfolgt worden.

²³⁹⁾ RGSt 69/349 ff.

²⁴⁰⁾ Zustimmend: Sauer, Das Unterlassungsdelikt, GS 114/313 (1940); ablehnend: Drost, Der Aufbau der Unterlassungsdelikte, GS 109/36 ff (1937); Nagler, GS 111/67 (1938) und Roeder, Zum Standortproblem der unechten Unterlassungsdelikte, DStR 1941/113.

²⁴¹⁾ Nagler und Drost sehen in dem Verhalten des SA-Führers nur ein Disziplinarvergehen.

²⁴²⁾ Zum Standortproblem der unechten Unterlassungsdelikte, DStR 1941/113.

dungspflicht nicht begründen können. In der Lehre²⁴³⁾ und der Rechtsprechung²⁴⁴⁾ ist das vorübergehend bestritten worden. Auch soweit das Ergebnis nicht anzweifelt worden ist, sind Stimmen laut geworden, nach denen eine Begründung dafür, daß sich aus den echten Unterlassungsdelikten keine Erfolgsabwendungspflichten herleiten lassen, nicht gefunden werden könne²⁴⁵⁾. Diese Zweifel an der Richtigkeit des Satzes, daß echte Unterlassungsdelikte keine Erfolgsabwendungspflichten begründen können, sind ebenso unberechtigt wie die Bedenken gegen seine Begründung. Davon abgesehen nämlich, daß sich die Tätigkeitsgebote an alle wenden, während die Erfolgsabwendungspflichten immer nur besonders verpflichteten Personen auferlegt sind, gibt es noch einen anderen Grund dafür, daß die echten Unterlassungsdelikte Erfolgsabwendungspflichten nicht erzeugen können. Rechtspflichtbegründend ist nicht die gesetzliche Bestimmung als solche. Jede gesetzliche Bestimmung, die eine Rechtspflicht normiert, hat vielmehr ihren Grund in gewissen tatsächlichen Gegebenheiten, aus denen sich rechtliche Folgen entwickelt haben. Hinter diesen gesetzlichen Bestimmungen steht also eine Norm. Nicht die gesetzliche Vorschrift, sondern die Norm begründet die Rechtspflicht. Ob die Norm die Rechtspflicht begründet, kann sich nur aus der Gesamtheit der Rechtsordnung ergeben, deren Inhalt wieder durch die einzelnen gesetzlichen Vorschriften indiziert wird. Daß Ehegatten einander zur Hilfeleistung verpflichtet sind, ergibt sich nicht aus § 1353 BGB, sondern aus demselben Rechtsgrund, der zur Schaffung des § 1353 BGB geführt hat: der ehelichen Lebensgemeinschaft. Daß der uneheliche Vater gegenüber seinem Kinde eine Hilfspflicht hat, ergibt sich nicht aus § 1708 BGB, der ihn zur Unterhaltszahlung verpflichtet. Diese Vorschrift ist vielmehr nur ein Ausdruck der sich in der Rechtsordnung mehrfach dokumentierenden Norm, daß der Erzeuger für sein Kind verantwortlich ist. Die Rechtspflicht ergibt sich aus der Norm. Den Inhalt der Norm erkennt man an den gesetzlichen Vorschriften, die der Niederschlag der Norm sind. Nur wer an dieser naheliegenden Überlegung vorbeigeht, kann sich der teilweise in bittere Worte gefaßten Ablehnung²⁴⁶⁾ anschließen, die das Reichsgericht und die Rechtspflichttheorie erfahren haben, weil sie aus gesetzlichen Vorschriften des bürgerlichen und öffentlichen Rechts unmittelbar Erfolgsabwendungspflichten herleiteten²⁴⁷⁾. Zur Bejahung einer Erfolgsabwendungspflicht aus Gesetz ist es demnach ausreichend, aber auch erforderlich, daß die Rechtsordnung eine in den gesetzlichen Vorschriften verankerte Norm kennt, die von solcher Bedeutung ist, daß sie eine

²⁴³⁾ Vgl. vor allem Niethammer, Strafbares Unterlassen, ZStW 57/455 ff (1938), der diese Vorschriften nicht als Schranken, sondern als Wegweiser der Rechtspflicht ansah. Darum nahm er beispielsweise Beihilfe zum Raub an, wenn der nach § 138 Verpflichtete nicht nur die gebotene Anzeige unterließ, sondern auch innerlich zur Tat „ja“ sagte. In seinem Lehrbuch des besonderen Teils des Strafrechts (1950), S. 54, hat Niethammer seine frühere Ansicht zurückgenommen und steht jetzt mit der h. L. auf dem Standpunkt, daß die Übertretung der Gebotsnorm in §§ 138 und 330c allein keine Verletzung einer Erfolgsabwendungspflicht begründen könne.

²⁴⁴⁾ Das RG hat sich zu dieser Frage in RGSt 69/324 (1935) unklar geäußert. Unmißverständlich hat es dagegen in RGSt 71/189 (1937) und RGSt 75/165 (1941) eine Erfolgsabwendungspflicht aus § 330c hergeleitet. Aber zur selben Zeit hat das höchste Gericht in RGSt 73/55 (1938) die Verletzung der Anzeigepflicht des § 138 nicht für ausreichend erachtet, eine Erfolgsabwendungspflicht zu begründen.

²⁴⁵⁾ Schaffstein, Festschrift für Graf Gleispach, 1936, S. 75; Graf zu Dohna, DStR 1939/146.

²⁴⁶⁾ Niethammer, Strafbares Unterlassen, ZStW 57/445 (1938), kennzeichnet die Versuche, Rechtspflichten zur Erfolgsabwendung aus Vorschriften des BGB zu begründen, „von vorneherein als unangebracht“. Vgl. auch Dahm, Bemerkungen zum Unterlassungsproblem, ZStW 59/169 (1940) und Schaffstein, Festschrift für Graf Gleispach, 1936, S. 73–75.

²⁴⁷⁾ Wie es z. B. in RGSt 39/397 (1906) und 72/373, besonders S. 374 (1938) geschieht. Neuerdings auch wieder OLG Schleswig in NJW 1954/285.

strafrechtliche Erfolgsabwendungspflicht begründet. Dafür wieder ist richtungsweisend der aus dem Strafgesetzbuch selbst zu entnehmende Katalog von Lebensstellungen besonderer Art, die zu gewissen Erfolgsabwendungen verpflichten.

Bei den echten Unterlassungsdelikten liegen diese Voraussetzungen nicht vor. Die unser gesamtes Rechtsleben beherrschende, nur von der wichtigen, aber eng begrenzten Ausnahme des § 330 c durchbrochene Regel geht dahin, daß Hilfeleistung freiwillig erfolgt. Bei der Ausnahmevorschrift des § 330 c handelt es sich um eine Hilfeleistungspflicht eigener Art, deren Verletzung — unabhängig von einem etwaigen Erfolg — nur die Strafe für Vergehen nach sich zieht. Die in § 330 c aufgestellte Verpflichtung, tätig zu werden, ist mithin nicht der Ausdruck einer allgemeinen Norm, sondern die gesetzliche Bestimmung ist identisch mit der Norm. Durch die Vorschrift des § 330 c ist uns diese Norm erst recht eigentlich zum Bewußtsein gekommen. Sie kann daher nicht zur Begründung einer Erfolgsabwendungspflicht außerhalb des gesetzlichen Rahmens des § 330 c dienen²⁴⁸). Dasselbe gilt von der Anzeigepflicht des § 138. Die allgemeine Regel unserer Rechtsordnung ist, daß niemand eine geplante Straftat anzeigen muß. Von dieser Regel hat der Gesetzgeber für bestimmte, eng begrenzte, in § 138 abschließend aufgeführte Fälle eine Ausnahme geschaffen²⁴⁹). Diese Ausnahme ist mithin nicht der Ausdruck einer weiterreichenden Norm. Damit ist § 138 ebenfalls nicht geeignet, eine Erfolgsabwendungspflicht zu begründen²⁵⁰). Daraus darf man freilich nicht den Schluß ziehen, als echte Unterlassungsdelikte formulierte Vorschriften könnten niemals Indizien für eine Erfolgsabwendungspflicht sein²⁵¹). Wenn etwa § 143 den Erzieher mit Strafe bedroht, der seine Erziehungs- und Beaufsichtigungspflicht vernachlässigt, dann ist das ein Ausdruck der in zahlreichen Gesetzen, z. B. den §§ 1631, 1666 BGB, sichtbar werdenden Norm, daß die Eltern oder sonstigen Verantwortlichen dafür zu sorgen haben, daß ihre Zöglinge sich und andere nicht gefährden. Diese Norm führt auch dazu, daß derjenige Verantwortliche, der eine Straftat des Unmündigen zuläßt, wegen Beihilfe oder Mittäterschaft bestraft wird²⁵²). Nur wenn deren Voraussetzungen nicht gegeben sind, greift subsidiär § 143 ein²⁵³).

b) Die wichtigsten Anwendungsfälle der aus dem Gesetz herzuleitenden Rechtspflichten.

Wir haben gesehen, daß im Strafgesetzbuch selbst einige unechte Unterlassungsdelikte formuliert sind. Die Inhaber bestimmter sozialer Stellungen sind in gewissen Fällen zur Erfolgsabwendung verpflichtet. Von den im Strafgesetzbuch aufgezählten sozialen Stellungen ausgehend soll nun die Frage erörtert werden, ob die gesetzlichen Anhaltspunkte einer Verallgemeinerung fähig sind. Zunächst sollen die Rechtspflichten der Ehegatten untereinander

²⁴⁸) Im Ergebnis herrschende Ansicht in der Literatur (vgl. Becker, Kann aus § 330c StGB ..., 1938, S. 83, 88; Georgakis, Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht, 1938, S. 16, 17; Nagler, GS 111/17, 19, 65 (1938); Meister, Echtes und unechtes Unterlassungsdelikt, MDR 1953/649 ff; Nagler und Mezger in LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, A; Mezger, Studienbuch, Allg. Teil, 1955, S. 75) und jetzt auch wieder in der Rechtsprechung: BGHSt 3/65 (1952).

²⁴⁹) So richtig: BGHSt 3/66 (1952).

²⁵⁰) Auch das ist unbestritten: RGSt 64/273 ff, (1930), 73/52 ff, bes. S. 55, (1938); Meister in MDR 1953, S. 649 ff und Weizel, 3. Aufl., 1954, S. 153.

²⁵¹) Das tun zu Unrecht Nagler und Mezger in LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, A.

²⁵²) Weizel, 3. Aufl., 1954, S. 314.

²⁵³) Etwa wenn ein Erziehungsverpflichteter fahrlässig duldet, daß ein Kind einen Diebstahl begeht.

untersucht werden, dann die Rechtspflichten der Eltern gegenüber den Kindern. Hierunter soll auch die Frage behandelt werden, ob andere Verwandtschaftsverhältnisse ebenfalls Erfolgsabwendungspflichten begründen können. Anschließend werden die sich aus der Stellung als Wohnungsinhaber, als Beamter und als Inhaber gewisser Berufe ergebenden Rechtspflichten betrachtet werden.

α. Rechtspflichten der Ehegatten.

In Rechtsprechung und Literatur wird allgemein eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung unter Ehegatten angenommen. Im Rahmen dieser Rechtspflicht sollen Ehegatten gegenseitig verpflichtet sein, sich von Straftaten abzuhalten²⁵⁴). Verletzt ein Ehegatte diese Rechtspflicht, so soll er wegen Mittäterschaft oder Beihilfe zu dem von dem anderen Ehegatten begangenen Delikt strafbar sein. Dementsprechend hat das Reichsgericht den Ehemann, der es zuließ, daß seine Frau bewußt der Wahrheit zuwider unter Eid aussagte, wegen Beihilfe zum Zeugenmeineid seiner Frau verurteilt²⁵⁵). Das RG leitete die Rechtspflicht des Ehemanns, den Meineid seiner Frau zu verhindern, aus der Beistandspflicht ab, die sich aus der Ehe für den Ehepartner ergebe. Der Bundesgerichtshof hat diese Entscheidung des RG ausdrücklich bestätigt, doch erkennt er eine solche Rechtspflicht nur solange an, als die Ehegatten auch tatsächlich in ehelicher Gemeinschaft leben²⁵⁶). In einer anderen Entscheidung hat das RG den Ehemann aus der ehelichen Gemeinschaft für verpflichtet gehalten, die Unterbringung geheimer Ware durch seine Ehefrau in der gemeinsamen Wohnung zu verhindern²⁵⁷).

Diese Entscheidungen verdienen keine Zustimmung. Die Rechtspflicht, Straftaten des Ehegatten zu verhindern, soll sich nach RG und BGH aus § 1353 BGB ergeben. Während das OLG Schleswig die Rechtspflicht zum Tätigwerden ebenfalls aus § 1353 BGB, der die Ehegatten zur Lebensgemeinschaft verpflichtet, herleitet²⁵⁸), will Maurach die Möglichkeit nicht ganz ausschließen, daß man aus enger Lebensgemeinschaft die Rechtspflicht umfassender und natürlicher begründen könne als mit dem vielstrapazierten § 1353 BGB²⁵⁹).

Angenommen, der § 1353 BGB und die hinter ihm stehende Norm verpflichteten den Ehegatten, den Partner von Straftaten abzuhalten, so könnte diese Rechtspflicht doch nur dem Partner gegenüber bestehen. Um einen Ehegatten, der es unterläßt, den anderen von Straftaten abzuhalten, bestrafen zu können, wäre also eine strafrechtliche Vorschrift erforderlich, die denjenigen mit Strafe bedroht, der einen anderen auf Abwege bringt. Eine derartige Vorschrift gibt es aber nicht. Der ausschließliche Strafgrund für die Strafbarkeit der Anstiftung liegt in der Beteiligung an der durch die Haupttat begangenen Rechtsgutsverletzung. Der Beweis hierfür ist in der Konkurrenzlehre zu finden, wonach die Anstiftung des Mittäters durch die Täterschaft konsumiert wird, was nicht möglich wäre, wenn in der Verleitung des Mittäters zum kriminellen

²⁵⁴) Vogt, Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung, ZStW 63/397 (1951); Maurach, Allg. Teil 1954, S. 241; Nagler und Mezger, LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B I, 3a.

²⁵⁵) RGSt 74/283 ff (1940).

²⁵⁶) BGHSt 6/322 ff, 323, 324 (1954): „Unter Umständen kann aus der ehelichen Lebensgemeinschaft die Pflicht des Ehegatten folgen, den anderen von der Begehung einer strafbaren Handlung abzuhalten, und die Verletzung dieser Rechtspflicht kann jedenfalls dann ein Mitwirken bei der Straftat des anderen Teils sein, wenn diese Handlung im besonderen Herrschaftsbereich der Ehegatten — d. h. in der ehelichen Wohnung — stattfindet.“

²⁵⁷) RG in DR 1943/234 (1942).

²⁵⁸) OLG Schleswig, NJW 1954/285 (1953).

²⁵⁹) Maurach, Allg. Teil, 1954, S. 241. — Daß die Rechtspflicht nicht aus § 1353 BGB unmittelbar folgt, sondern aus der auch dem § 1353 BGB zugrunde liegenden Norm, ist bereits oben, S. 56, dargelegt.

Lebenswandel ein besonderer Strafgrund zu sehen wäre²⁶⁰). Somit bleibt festzuhalten, daß es nach deutschem Recht nicht strafbar ist, einen anderen durch Verführung zu schlechtem Lebenswandel ins Unglück zu stürzen²⁶¹). Folglich kann auch die Verletzung der Rechtspflicht, einen anderen von Straftaten abzuhalten, soweit eine solche Rechtspflicht überhaupt anerkannt werden kann^{261a}), mangels Erfüllung eines Tatbestandes des Strafgesetzbuches nicht zur Strafbarkeit führen. Eine Bestrafung wegen Verletzung fremder Rechtsgüter durch das pflichtwidrige Geschehenlassen von Straftaten kann vielmehr nur dann eintreten, wenn gegenüber den Trägern der verletzten Rechtsgüter oder gegenüber der Allgemeinheit eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung besteht²⁶²).

In den oben angeführten Meineidsfällen war das verletzte Rechtsgut die Rechtspflege, also ein Rechtsgut der Allgemeinheit, in dem Falle der Hehlerei das Vermögen des bestohlenen Eigentümers. Aus der Ehe läßt sich aber weder eine Rechtspflicht gegenüber der Allgemeinheit noch gegenüber dem bestohlenen Eigentümer herleiten. Die eheliche Lebensgemeinschaft begründet vielmehr Rechtspflichten nur gegenüber dem anderen Ehepartner. Das mag zu patriarchalischen Zeiten anders gewesen sein, als die Ehefrau aus der Aufsicht und dem Herrschaftsbereich ihres Vaters in die Aufsicht des Mannes übergang, heute jedenfalls läßt sich eine Verpflichtung gegenüber der Allgemeinheit aus der Ehe nicht mehr herleiten. Gerade das Fernhalten des staatlichen Einflusses von der Familie, die Absonderung der Familie von der Allgemeinheit läßt die Familie nach insoweit einhelliger Auffassung in den Kulturstaaen zum Fundament einer gesunden Gemeinschaft und des Staates werden. Jede Belastung der Familie mit Pflichten gegenüber der Gemeinschaft führt zu staatlicher Einmischung in die Familie und damit erfahrungsgemäß zu unerträglichen Folgen für eben diese Allgemeinheit²⁶³).

Die im Vorstehenden für Meineidsbeihilfe und Hehlerei erarbeiteten Kriterien gelten auch für die Fälle der Kuppelei durch Unterlassen. Das durch die Strafvorschrift des § 180 geschützte Rechtsgut ist die Reinhaltung mitmenschlicher Beziehungen von der Förderung sexuell-unzüchtiger Handlungen und

²⁶⁰) Mezger in LK, 1954, Anm. 8 vor § 47.

²⁶¹) „Der Strafgrund der Teilnahme liegt nicht etwa darin, daß sie den Täter in Schuld und Strafe geführt hat“, schreibt Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 82. Und Mezger, LK, 1954, Anm. 1 zu § 48, sagt: „Wenn das Strafgesetzbuch den Anstifter straft, so geschieht das nicht deshalb, weil er schuld daran ist, daß ein anderer sich strafbar macht, sondern weil er als entfernter Urheber mitwirkt, daß eine Straftat verübt wird.“

^{261a}) Siehe dazu unten Anm. 263).

²⁶²) Also, wenn z. B. der Ehemann wissentlich die Vernichtung des Eigentums seiner Frau durch einen Dritten geschehen läßt. Hier ist die Ehefrau Trägerin des Rechtsguts. Der Ehemann ist in gewissem Umfang aus der ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet, das Rechtsgut der Frau zu erhalten. Keine Rechtspflicht trifft den Ehemann aber dann, wenn die Ehefrau irgendein Rechtsgut, dessen Träger gegenüber der Ehemann zu nichts verpflichtet ist, angreift.

²⁶³) Es ist aber obendrein noch sehr zweifelhaft, ob intern, zwischen den Ehegatten, eine aus der Ehe folgende Rechtspflicht besteht, sich gegenseitig von strafbaren Handlungen abzuhalten. Das StGB gestattet dem von einem bevorstehenden Verbrechen des anderen Ehegatten unterrichteten Ehepartner, von einer Anzeige bei dem Bedrohten oder bei der Polizei abzusehen (§ 139). Nach Begehung der Straftat darf der Ehegatte seinen Partner dem Zugriff der Verfolgungsorgane entziehen, ohne sich damit strafbar zu machen (§ 257 Abs. 2). Schließlich hat der Ehegatte ein Aussageverweigerungsrecht (§ 52 StPO), ein weiteres Argument für die Richtigkeit des im Text Dargelegten, daß nämlich der Ehegatte gegenüber der Allgemeinheit nicht verpflichtet ist, Verbrechen des anderen Ehepartners zu verhindern (nur bei Mord besteht die Anzeigepflicht — also auch keine Erfolgsabwendungspflicht — nach § 138). Aus diesen Vorschriften ergibt sich weiter, daß der Gesetzgeber das öffentliche Interesse an der Verhinderung von Straftaten der Harmonie in der Ehe unterordnet; danach endet aber auch für den Ehegatten die Pflicht, den anderen von der Begehung von Straftaten abzuhalten, mindestens da, wo dadurch die Eintracht in der Familie ernstlich gefährdet wäre.

Betätigungen²⁶⁴), also ein Rechtsgut der Allgemeinheit. Duldete ein Ehegatte die Unzucht des anderen, so verletzt er zwar unter Umständen eine ihm dem anderen gegenüber obliegende Rechtspflicht, etwa die aus der Ehe folgende Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft, eine Strafbarkeit gemäß §§ 180, 181 kann aber nur begründet werden, wenn er durch sein Unterlassen eine ihm der Allgemeinheit gegenüber obliegende Rechtspflicht verletzt hat. Daß die Ehe keine Rechtspflicht der Ehegatten gegenüber der Allgemeinheit begründet und begründet kann, ist oben dargelegt worden. Eine strafbegründende Rechtspflicht des Ehegatten, die Unzucht des anderen Partners zu verhindern, wird auch in der Literatur — im Gegensatz zu der Rechtspflicht, Straftaten des anderen Ehegatten zu vereiteln — überwiegend verneint²⁶⁵). Die Begründungen vermögen freilich nicht zu überzeugen. Graf zu Dohna hält die Pflicht, den anderen Ehegatten an der Unzucht zu hindern, nur für eine sittliche Verpflichtung²⁶⁶). Das ist schon deshalb schwerlich haltbar, weil aus der ehelichen Lebensgemeinschaft gegenüber dem anderen Partner die Rechtspflicht, die Unzucht zu verhindern, folgen dürfte. Entscheidend ist aber etwas ganz anderes, nämlich ob die Pflicht nur gegenüber dem anderen Ehegatten oder auch der Allgemeinheit gegenüber besteht. Das ist aber gewiß nicht der Fall. Die Rechtsprechung hat im Gegensatz zum überwiegenden Teil der Literatur immer daran festgehalten, daß es Kuppelei sei, wenn ein Ehegatte die Unzucht des anderen dulde²⁶⁷). Die eheliche Lebensgemeinschaft begründe eine Rechtspflicht der Ehegatten, die Unzucht des anderen zu verhindern. Im Ergebnis erfolgten stets Freisprüche, die durch eine m. E. unhaltbare Ausweitung des Schuldaußschließungsgrundes der Unzumutbarkeit erzielt wurden²⁶⁸). Daß die Kuppelei gem. § 181 schwere Kuppelei ist, wenn der Schuldige zu dem Verkuppelten im Verhältnis des Ehemannes zur Ehefrau steht, kann nicht dazu führen, anzunehmen, daß auch das Geschehenlassen der Unzucht eines Ehepartners durch den anderen Kuppelei ist. Mithin kann eine Bestrafung des passiv bleibenden Ehegatten nicht deshalb erfolgen, weil sich aus der ehelichen Lebensgemeinschaft eine Erfolgsabwendungspflicht ergibt; denn die Rechtspflicht besteht nicht gegenüber dem Rechtsgutsträger, der Allgemeinheit, sondern gegenüber dem Ehepartner, der durch die Vorschriften der §§ 180 und 181 gar nicht geschützt werden soll.

Da die Verletzung von Pflichten, die dem Ehepartner gegenüber obliegen, nicht zur Bestrafung wegen der Verletzung von Rechtsgütern führen kann, deren Träger ein anderer als der Partner ist, darf auch der Ehegatte, der die Inbrandsetzung eines seinem Ehepartner gehörenden Hauses nicht hindert, keinesfalls

²⁶⁴) Mezger in LK, 1954, Anm. 1 zu § 180, und in Studienbuch, Bes. Teil, 1954, S. 68.

²⁶⁵) Frank, 1931, Anm. III, 2 zu § 181; ebenso Mezger, Lehrbuch, 1933, S. 140, der die Konstruktion, eine Rechtspflicht des Ehemannes zur Hinderung der Unzucht seiner Ehefrau zu begründen, für willkürlich hält. Erforderlich sei eine Rechtspflicht, die erkennbar den Sinn habe, daß ihre Verletzung strafrechtliche Haftung nach einem bestimmten Delikt begründen wolle; Mezger in LK 1954, Anm. 3 zu § 180; Weizel, 3. Aufl., 1954, S. 324/325, der „von einer sehr weitgehenden Rechtsprechung des RG“ spricht.

²⁶⁶) Graf zu Dohna, Aufbau der Verbrechenslehre, 1936, S. 29.

²⁶⁷) RGSt 22/332 (1892, mit einer an patriarchalische Zeiten erinnernden Begründung), 48/196 (1914, der Ehemann sei verpflichtet, die widernatürliche Unzucht seiner Frau zu verhindern), 58/97 (1924, die Rechtspflicht bestehe nur in der Ehwohnung), 58/226 (1924, der Ehemann sei verpflichtet, den Aufenthalt seiner Frau im Bordell zu verhindern), 72/19 (1937) und in HRR 1940/41 (1939, die Ehefrau sei verpflichtet, widernatürliche Unzucht ihres Gatten zu unterbinden).

²⁶⁸) Z. B. RGSt 58/97, 98 (1924), wo ein Einschreiten gegen die Unzucht der Ehefrau für unzumutbar erachtet wird, weil diese ihrem Mann für den Fall seines Einschreitens in Aussicht gestellt hatte, einen Skandal zu machen, und er befürchtete, daß sein Geschäft darunter leiden könnte.

nach §§ 306, 307 bestraft werden²⁶⁹). Der Träger des durch diese Vorschriften geschützten Rechtsguts ist nämlich nicht der Eigentümer, sondern die Allgemeinheit²⁷⁰). Das haben das Reichsgericht und der oberste Gerichtshof für die britische Zone in den Entscheidungen vom 16. Juni 1930 und vom 20. März 1950 verkannt²⁷¹). In beiden Fällen wurde der aus der ehelichen Lebensgemeinschaft zum Löschen verpflichtete Ehepartner aus § 306 bestraft, weil er es unterlassen hatte, die Entstehung eines Brandes im Gebäude seines Ehegatten zu verhindern. In beiden Fällen ließen sich die unterlassenden Ehepartner von der Überlegung leiten, daß den Eigentümern der Häuser die Versicherungssumme wertvoller sein werde als die Erhaltung des Hauses. Eine Bestrafung war daher nicht zulässig. Der unterlassende Ehegatte war zwar verpflichtet, das Eigentum seines Partners zu schützen. Glaubte er aber, daß sein Partner lieber die Versicherungssumme erlangen, als das Haus behalten wollte, so wollte er seinem Partner keinen Schaden zufügen. Somit hat er es nicht bewußt pflichtwidrig unterlassen, das Haus zu löschen. Die Verletzung der dem Ehegatten gegenüber obliegenden Pflicht, das Haus zu löschen, kann außerdem, wie schon dargelegt, niemals dazu führen, daß der Unterlassungstäter wegen eines Delikts bestraft wird, das wegen der Gefährdung der Allgemeinheit eine besonders hohe Strafdrohung enthält.

Eine strafbare Verletzung der aus der ehelichen Lebensgemeinschaft folgenden Rechtspflicht kann nur dann vorliegen, wenn ein Ehepartner es bewußt oder fahrlässig unterläßt, das Rechtsgut des anderen Ehepartners zu schützen²⁷²). Da aber Vermögens- und Eigentumsbeschädigungen unter Familienangehörigen in weitem Umfang straflos oder ihre Verfolgung an einen Antrag des Geschädigten gebunden sind (§§ 247 Abs. 2, 263 Abs. 5, 265 a Abs. 4 und 266 Abs. 3) ist natürlich auch die Eigentums- und Vermögensverletzung, die durch pflichtwidrige Unterlassung herbeigeführt wird, insoweit straflos oder nur auf Antrag zu verfolgen. Die Ehefrau, die die Wegnahme von Geld, das dem Ehemann gehört, durch einen Dritten duldet, macht sich nicht strafbar. Da sie als Täterin nicht strafbar ist (§ 247 Abs. 2), kann sie auch nicht als Mittäterin, Anstifterin oder Gehilfin strafbar sein²⁷³).

Die starken Reibungsflächen und die sich ergebenden unerträglichen Spannungen, die das Zusammenleben im Familienkreis häufig mit sich bringt und selbst sonst friedfertige Menschen zu Verbrechern werden läßt, haben freilich den BGH zu einer Einschränkung der Hilfspflicht unter Ehegatten für den Fall veranlaßt, in welchem ein Teil das Recht auf Getrenntleben hat²⁷⁴). Darüber hinausgehend hält es Dreher für notwendig, die Verpflichtung zur Erfolgsabwendung bereits bei zerrütteter Ehe zu verneinen²⁷⁵). M. E. kann aber auch

²⁶⁹) Allenfalls kann in solchen Fällen eine Bestrafung nach der Alternative des § 308, die die Brandstiftung an fremdem Eigentum unter Strafe stellt, in Frage kommen.

²⁷⁰) Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 333, 335.

²⁷¹) RGSt 64/273 ff und OGHSt 3/1 ff.

²⁷²) In Theorie und Praxis unbestritten, daß eine Rechtspflicht des Ehegatten besteht, die Rechtsgüter des Partners zu schützen. Für alle: Nagler und Mezger in LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B I, 3a.

²⁷³) Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 255.

Die praktische Bedeutung der Rechtspflicht des Ehepartners, die Rechtsgüter des anderen zu schützen, ist gering. Von den fünf vorgekommenen Fällen (Totschlag: RG in LZ 1928, Sp. 1633; RGSt 71/187 ff — 1937 —; BGHSt 2/150 ff — 1952 —; und Brandstiftung: RGSt 64/278 — 1930 — und OGHSt 3/3 — 1950 —) ist bloß der an erster Stelle Genannte im Ergebnis unbedenklich und in der Begründung haltbar. Vgl. S. 34 ff.

²⁷⁴) BGHSt 2/154 (1952).

²⁷⁵) Dreher, Kann ein Ehegatte, der den Selbstmord des anderen zuläßt, ein Tötungsdelikt begehen? MDR 1952/712.

das nicht ausgeübte Recht auf Getrenntleben und erst recht die bloße Zerrüttung der Ehe die zwischen den Ehegatten bestehende Rechtspflicht, die Rechtsgüter des Partners zu beschützen, nicht beseitigen. Nach unserer Rechtsordnung entfallen ja auch die Rechtswirkungen der Ehe erst mit der Rechtskraft des Scheidungs- oder des Eheaufhebungsurteils. Die auf der ehelichen Lebensgemeinschaft beruhende Rechtspflicht bleibt solange bestehen, bis die Lebensgemeinschaft tatsächlich und rechtswirksam beendet ist.

β. Rechtspflichten der Eltern.

In verschiedenen Bestimmungen des StGB, in den §§ 170 b, 170 d, 221 und 223 b, ist die Pflicht der leiblichen Eltern normiert, Gefahren von ihren Kindern abzuwenden. Diese Bestimmungen sind ein Ausdruck der überall in der Rechtsordnung anerkannten Norm, daß die Eltern für ihre minderjährigen Kinder zu sorgen haben. Die den Eltern ihren Kindern gegenüber obliegende Rechtspflicht ist mit der herrschenden Lehre und Rechtsprechung auf alle Personen auszudehnen, die elterngleiche Rechte und Pflichten haben, nämlich auf Vormund und Pfleger. Wer mithin für ein Kind oder einen aus anderen Gründen unmündigen Menschen als Vater, Mutter, Vormund oder Pfleger verantwortlich ist, hat alle Rechtsgüter dieser Person zu beschützen²⁷⁶). Die Eltern müssen dem Kind, der Vormund dem Mündel Nahrung geben, es pflegen, bei Krankheit den Arzt rufen etc. Diese Pflicht trifft auch den unehelichen Vater. Auch er ist nach dem Gesetz (§ 1708 ff BGB) zum Unterhalt verpflichtet und macht sich nach §§ 170 b und 170 c strafbar, wenn er sich vorsätzlich nicht um sein Kind kümmert. Diese Vorschriften sind ein Indiz dafür, daß die Rechtsordnung dem unehelichen Vater die volle Verantwortung für das Kind auferlegt, freilich unter Verweigerung der Rechte (z. B. des Erziehungsrechtes), die der eheliche Vater seinem Kind gegenüber hat. Der uneheliche Vater ist deshalb auch verpflichtet, die Rechtsgüter seines Kindes vor Schaden zu bewahren. Erkennt er, daß die Kindesmutter das Kind umkommen läßt, so muß er, sofern er dazu in der Lage ist, den Tod des Kindes verhindern²⁷⁷). H. Mayer dagegen will den unehelichen Vater, der die Ermordung des Kindes durch die Mutter duldet, mangels einer Rechtspflicht nicht anders bestrafen als den zufällig vorüberkommenden Spaziergänger²⁷⁸). Maurach hält den unehelichen Vater nur dann für verpflichtet, wenn er mit dem Kind in einer Hausgemeinschaft lebt²⁷⁹). Das kann nicht richtig sein. Wenn die Vaterschaft eine Rechtspflicht gegenüber dem Kind begründet, dann kann sie nicht auf die Fälle tatsächlichen Zusammenlebens beschränkt werden. Die Rechtsordnung hat dem unehelichen Vater eine gewisse Verantwortung für

²⁷⁶) Niethammer, Strafbares Unterlassen, ZStW 57/446 (1938); Maurach, Allg. Teil, 1954, S. 241; Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 153; Nagler und Mezger in LK, 1954; Anhang zur Einleitung 2, B I, 3a; Schönke-Schröder, 1954, Vorbem. VII, 1a zu § 1; Mezger, Studienbuch, Allg. Teil, 1955, S. 73; RGSt 30/191 (1897); 37/162 (1904); 38/123 (1905); 62/199 (1928); 65/333 (1931); 72/214 (1937); 76/373 (1943); 77/215 (1943) und in HRR 1927, Nr. 977.

²⁷⁷) Die in Anm. 276) genannten Schriftsteller und RGSt 66/71 ff (1932), vor allem S. 73: Der uneheliche Vater war mit der Mutter in eine einsame, abgelegene Gegend gegangen, wo die Mutter das Kind gebar. Sie legte das Kind neben sich und blieb mit dem Vater solange dabei, bis das Kind erforen war.

²⁷⁸) H. Mayer, 1953, S. 114.

²⁷⁹) Maurach, Allg. Teil, 1954, S. 243. — Daß der uneheliche Vater, der nicht im selben Hause mit dem Kinde wohnt, in der Regel objektiv nicht in der Lage ist, dem Kind zu helfen, ist eine Frage des objektiven Tatbestandes, nämlich des Verhaltens oder der Kausalität, ändert aber nichts daran, daß eine Rechtspflicht zur Hilfeleistung besteht, die immer dann relevant wird, wenn der uneheliche Vater — ausnahmsweise — in der Lage ist, eine Gefahr von seinem Kinde abzuwenden.

das Wohlergehen des Kindes auferlegt. Das Strafgesetzbuch droht für die leiblichen Eltern — also auch für den unehelichen Vater — die ihr Kind in hilfloser Lage verlassen, gemäß § 221 Abs. 2 eine gegenüber der allgemeinen Strafdrohung für Aussetzung erhöhte Strafe an. Was die Pflicht zur Sorge für das Kind anbetrifft, geht das Strafgesetz also von der tatsächlichen Elternstellung aus und bezieht den unehelichen Vater, der ja der leibliche Vater ist, in den Kreis der nach § 221 Erfolgsabwendungsverpflichteten mit ein²⁸⁰⁾. Für den unehelichen Vater ist mithin nicht nur eine sittliche, sondern eine rechtliche Erfolgsabwendungspflicht gegeben²⁸¹⁾. Es bedarf kaum der Erwähnung, daß der eheliche Vater, dem die Personensorge für das Kind entzogen ist, da er ja leiblicher Vater ist, ebenfalls derartige Gefahren von dem Kind abwenden muß²⁸²⁾.

Auch die Tatsache, daß das minderjährige Kind vom Vormundschaftsgericht der Aufsicht und Pflege der Eltern entzogen und in eine Fürsorgeerziehungsanstalt verbracht worden ist, hebt die Verantwortung der Eltern für das Kind nicht auf²⁸³⁾. Soweit die Eltern dazu in der Lage sind, bleiben sie zur Erfolgsabwendung verpflichtet. Verläßt das Kind die Fürsorgeerziehungsanstalt, so sind die Eltern auf Nachfrage der Behörde verpflichtet, den ihnen bekannten Aufenthalt des Kindes zu offenbaren. Das ist ein Teil ihrer Erziehungspflicht²⁸⁴⁾. Die Mutter ist verpflichtet, der Polizei, die ihre Tochter in die Fürsorgeerziehungsanstalt bringen will, die Tür zu öffnen²⁸⁵⁾. Verletzen die Eltern diese Rechtspflichten, so sind sie gemäß § 235 strafbar; denn das durch diese Vorschrift geschützte Rechtsgut ist mindestens mittelbar auch die gesunde Entwicklung des Kindes²⁸⁶⁾. Auch wenn im Einzelfall die Unterbringung des Kindes in einer Fürsorgeerziehungsanstalt dem Wohl des Kindes nach der Meinung der Eltern widerspricht, sind die Eltern verpflichtet, der Polizei zu öffnen und dem Vormundschaftsgericht den Aufenthaltsort des Kindes mitzuteilen²⁸⁷⁾.

Neben der Pflicht, den Unmündigen zu schützen, besteht für die Eltern, den Vormund und den Sorgeberechtigten aber noch die Erziehungs- und Aufsichtspflicht. Die Erfüllung dieser Pflichten schulden die Eltern natürlich zunächst ihren Kindern. Bestünde die Pflicht jedoch nur gegenüber den Kindern, so könnten die Eltern, die einen Diebstahl des Kindes ihrer Erziehungspflicht zuwider zuließen, nicht wegen Beihilfe zum Diebstahl bestraft werden, weil für sie dem Bestohlenen gegenüber keine Erfolgsabwendungspflicht gegeben wäre. Die Fürsorge-, Aufsichts- und Erziehungspflicht obliegt den Verpflichteten aber nicht nur den Kindern, sondern auch der Allgemeinheit gegenüber. Daß dem so ist, ergibt sich aus folgender Betrachtung. In unserem Kulturkreis ist

²⁸⁰⁾ Nagler-Schaefer in LK, 1954, Anm. VI zu § 221.

²⁸¹⁾ Anders, nämlich nur eine sittliche Pflicht annehmend: Böhne in seiner Anmerkung zu RGSt 66/71 ff in JW 1932/2720.

²⁸²⁾ BGHSt 1/344 ff (1951).

²⁸³⁾ Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 236.

²⁸⁴⁾ RGSt 37/162 ff (1904); Nagler-Schaefer in LK, 1954, Anm. II, a zu § 235; Schönke-Schröder, 1954, Anm. II, 1 zu § 235.

²⁸⁵⁾ RGSt 38/123 (1905).

²⁸⁶⁾ Nagler-Schaefer in LK, 1954, Anm. 1 zu § 235.

²⁸⁷⁾ RGSt 36/78 ff (1903) stellt in einem anders gelagerten Fall darauf ab, ob ein Fürsorgewille bestanden hat. Der Vater hatte das kranke Kind auf Grund grob unrichtiger Erwägungen nicht in ärztliche Behandlung gegeben. Er hielt — von seiner Frau dazu überredet — diese falsche Maßnahme für im Interesse der Gesundheit des Kindes geboten. Während das RG hier die Rechtspflicht des Vaters verneint, kann man m. E. nur an einen Ausschluß der Schuld denken, und zwar auch dann, wenn die unrichtigen Erwägungen auf menschlich verständlichen Überlegungen beruhten.

die Kindererziehung den Eltern überlassen²⁸⁸). Die Gemeinschaft ermöglicht den Eltern die Kindererziehung durch Steuerermäßigung, Unterstützung Kinderreicher (Kindergeldgesetz), Schulgeldfreiheit etc., und sie erzwingt die ordnungsgemäße Erziehung der Kinder notfalls durch Anordnung der Fürsorgeerziehung und Entziehung des Sorgerechts. Die Allgemeinheit als Trägerin der Rechtsordnung garantiert den Eltern das Erziehungsrecht. Das grundgesetzlich gewährte Erziehungsrecht verpflichtet die Eltern mithin auch gegenüber der Allgemeinheit, die Dritten von unmündigen Kindern typischerweise drohenden Gefahren abzuwenden. So muß die Mutter ihre minderjährige Tochter daran hindern, ihr uneheliches Kind zu töten oder auch nur zu vernachlässigen²⁸⁹). Roeder will indessen die Eltern, die Verbrechen ihrer Kinder nicht verhindern, nicht wegen Beteiligung an diesen Verbrechen bestrafen²⁹⁰). H. Mayer meint, noch kein Staatsanwalt habe das Verfahren gegen einen Vater eingeleitet, der schmunzelnd der siegreichen Prügelei seines Sohnes zugesehen habe²⁹¹). Natürlich; denn der prügelnde Sohn handelte im Rahmen einer üblichen, „sportlichen“ — und damit rechtmäßigen — Prügelei. Aber selbstverständlich macht sich der Vater einer Körperverletzung durch Unterlassen schuldig, der beifällig lächelnd zusieht, wie sein Sohn mit Steinen auf andere Kinder wirft oder ein anderes Kind mißhandelt.

An der Rechtspflicht der Eltern, Straftaten ihrer Kinder zu verhindern, kann nicht gezweifelt werden. Für den ehelichen Vater besteht die Erziehungspflicht richtigerweise auch dann, wenn ihm die Personensorge für das Kind entzogen ist²⁹²). Der uneheliche Vater hat indessen gewiß kein Erziehungsrecht. Ihn treffen die Erziehungspflichten gegenüber der Allgemeinheit mithin nicht. Er kann deshalb auch nicht wegen Teilnahme an einem Delikt seines Kindes bestraft werden, wenn er es nur unterlassen hat, das Kind von der Straftat abzuhalten. In diesem — aber auch nur in diesem — Punkte unterscheiden sich die Rechtspflichten des ehelichen und des unehelichen Vaters.

Zu der Erziehungspflicht der Eltern gehört es auch, die Unzucht ihrer Kinder zu verhindern. Vorwiegend mit diesen Fällen hat sich die Rechtsprechung beschäftigen müssen²⁹³). Die Eltern wurden in allen hierhergehörigen Fällen wegen Kuppelei durch Unterlassen angeklagt, weil sie den außerehelichen Verkehr ihrer Kinder geduldet hatten. Soweit es sich um minderjährige Kinder handelt, sind die Entscheidungen richtig. Denn das durch § 180 geschützte Rechtsgut, die geschlechtliche Reinheit, ist ein Rechtsgut der Allgemeinheit,

²⁸⁸) Für den Geltungsbereich des deutschen Rechts heißt es in Art. 6 Abs. 2 des Grundgesetzes: „Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.“

²⁸⁹) So zu Recht RGSt 39/397 (1906) und RGSt 72/373 (1938, mit zustimmender Anmerkung von Kohlrausch in ZAKDR 1939/245 ff.). Das RG hat in beiden Entscheidungen eine Mutter wegen fahrlässiger bzw. vorsätzlicher Tötung bestraft, die es zugelassen hatte, daß ihre minderjährige Tochter ihr uneheliches Kind tötete. RG und Kohlrausch leiten die Rechtspflicht der Mutter, ihre Tochter an deren Vorhaben zu hindern, aus der Erziehungspflicht ab.

²⁹⁰) Roeder, Zum Standortproblem der unechten Unterlassungsdelikte, DStR 1941/113.

²⁹¹) H. Mayer, 1953, S. 116. — Dieser Fall ist bereits oben, S. 44, in anderem Zusammenhang besprochen worden.

²⁹²) BGHSt 1/344 ff (1951).

²⁹³) RG in JW 1939/400; KG (West) in JR 1950/407; OLG Celle in NdsRpff. 1950/92; OLG Hamm in JR 1951/349; Bay. Ob.LG in MDR 1952/312. Bei grundsätzlicher Bejahung der Strafbarkeit kommen die Gerichte meistens aus dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit zum Freispruch.

und die Eltern sind der Allgemeinheit gegenüber verpflichtet, Straftaten ihrer Kinder zu verhindern. Gegenüber volljährigen Kindern haben die Eltern aber kein Erziehungsrecht mehr (arg. aus § 1626 BGB). Mithin sind sie auch nicht rechtlich verpflichtet, volljährige Kinder von Straftaten oder unzüchtigem Treiben abzuhalten. Es fehlen ihnen die Mittel und Rechte dazu, die ihnen die Rechtsordnung gewährt, solange die Kinder minderjährig sind. Mit dem Erziehungsrecht entfällt auch die Erziehungspflicht. Ob die Eltern im Einzelfall ihre natürliche Autorität, die sie unabhängig von der Rechtsordnung haben, dem erwachsenen Kinde gegenüber einsetzen oder nicht, berührt nur die moralische Seite des Problems. Eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung besteht nicht²⁹⁴). Das gilt auch dann, wenn das volljährige Kind im Hause der Eltern oder in Wohngemeinschaft mit ihnen lebt²⁹⁵). Es wird zwar in diesen Fällen immer sehr darauf zu achten sein, ob nicht ein Vorschubleisten durch Tun vorliegt, das z. B. darin gesehen werden kann, daß die Eltern den Freund ihres Kindes einladen, beköstigen oder sonstwie durch ihr Verhalten erkennen lassen, daß sie keine Bedenken gegen intimen Verkehr haben. Mischen sich die Eltern aber überhaupt nicht in die Angelegenheiten ihres erwachsenen Kindes, das bei ihnen lebt, ein, dann können sie auch nicht wegen Kuppelei bestraft werden.

Im Anschluß an die Untersuchung der Rechtspflicht, die den Eltern ihren Kindern gegenüber und im Hinblick auf ihre Kinder auch der Allgemeinheit gegenüber obliegt, soll noch auf die umstrittene Frage eingegangen werden, ob auch andere als die bereits behandelten Verwandtschaftsbeziehungen Erfolgsabwendungspflichten begründen können²⁹⁶). M. E. ist die Frage verneinend zu beantworten. Die meisten in der Praxis behandelten Fälle, in denen eine Rechtspflicht aus dem Verwandtschaftsverhältnis abgeleitet wurde, hätten freilich mit einer anderen treffenderen Begründung ebenso entschieden werden können. In vier höchstrichterlichen Entscheidungen wurde eine Großmutter verurteilt, weil sie es ihrer Verwandtenpflicht zuwider vorsätzlich oder fahrlässig geschehen

²⁹⁴) So richtig Frank, 1931, Anm. III, 2 zu § 181; Sauer, Bes. Teil, 1954, S. 162; Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 325; Schönke-Schröder, 1954, Anm. III, 3 zu § 180; selbst Dahm, Bemerkungen zum Unterlassungsproblem, ZStW 59/171 (1940), der freilich hinsichtlich des Vaters, der die Unzucht seiner volljährigen Tochter außer Hause duldet, sagt: „Er verletzt wohl seine Pflicht, ist aber kein Kuppler.“ Ebenso auch RGSt 40/165 (1907) und RGSt 67/310, 314 (1933). Anders und m. E. unrichtig dagegen RGSt 77/125 ff (1944) und das Bay. Ob.LG in MDR 1952/312 (allerdings unter Berufung auf das Hausrecht der Eltern). Welzel (S. 325) zählt zu den unrichtigen Urteilen auch RGSt 67/310 ff (1933). Dem kann ich indessen nicht zustimmen. In der Entscheidung ist zwar davon die Rede, daß die Eltern verpflichtet sind, den volljährigen Sohn von der Unzucht fernzuhalten, wenn er mit ihnen zusammenwohnt, und insoweit ist die Entscheidung unrichtig, das RG führt aber weiter aus, daß mit Rücksicht auf den neu eingeführten Abs. 3 des § 180, nach dem das bloße Gewähren einer Wohnung regelmäßig nicht als eine strafbare Förderung der Unzucht anzusehen ist, die frühere Rechtsprechung noch weiter eingeschränkt werden müsse. Im Ergebnis hat das RG also die richtige Ansicht vertreten, daß nämlich die Eltern keine Kuppelei begehen, wenn sie die Unzucht ihres volljährigen Sohnes, dem sie Wohnung gewähren, dulden.

²⁹⁵) Die gegenteilige Auffassung klingt in der Entscheidung des Bay. Ob.LG in MDR 1952/312 und bei Dahm, ZStW 59/171 (1940), an. Es liegt jedoch auf der Hand, daß die Erziehungspflicht der Eltern nicht davon abhängig sein kann, ob das Kind bei den Eltern wohnt oder nicht (allenfalls die Erziehungsmöglichkeit). Die Pflicht des Haushaltsvorstandes muß allen Mitgliedern des Haushalts gegenüber bestehen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob zwischen dem Haushaltsvorstand und einzelnen Mitgliedern des Haushalts auch noch verwandtschaftliche Beziehungen bestehen.

²⁹⁶) Eine unbeschränkte Familienhilfspflicht erkennen Niethammer, ZStW 57/446 (1938) und Dahm, ZStW 59/171 (1940), an. Vorsichtig dagegen Maurach, Allg. Teil, 1954, S. 241–243, und Sauer, Allg. Strafrechtslehre, 1955, S. 92. Auf eine Hilfspflicht der Großeltern gegenüber den Enkeln beschränken sich Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 154; Nagler und Mezger, LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B I, 3a; und Mezger, Studienbuch, Allg. Teil, 1955, S. 74. Etwas weitergehend wieder Kohlrausch in ZAKDR 1939/246; Vogt, ZStW 63/397 (1951), und Schönke-Schröder, 1954, Vorbem. VII, 1 a–c vor § 1.

ließ, daß ihre Tochter ihr neugeborenes Kind bei der Geburt umbrachte²⁹⁷). Jedesmal hatte die Tochter diese Tat in der Wohnung ihrer Mutter begangen. Die Großmutter war hier bereits als Wohnungsinhaberin verpflichtet, die Straftat in ihrer Wohnung zu verhindern. Dazu kam, daß in zwei Fällen die Kindesmutter noch minderjährig war, somit die Großmutter der Allgemeinheit gegenüber zur Beaufsichtigung und Erziehung der Tochter und damit auch zur Abwehr der von der Tochter beabsichtigten Verbrechen und Vergehen verpflichtet war²⁹⁸). Die Großmutter könnte aber mangels Erfolgsabwendungspflicht nicht wegen Beihilfe zum Totschlag verurteilt werden, wenn sie es zuließe, daß ihre volljährige Tochter ihr Kind in ihrem eigenen Hause tötet²⁹⁹).

Daß aus dem Verhältnis der Großeltern zu den Enkeln und anderen entfernteren verwandtschaftlichen Beziehungen keine Erfolgsabwendungspflichten hergeleitet werden können, ergibt sich aus folgender Überlegung. Wenn man die Rechtsordnung dahin überprüft, inwieweit verwandtschaftliche Beziehungen zwischen Menschen eine Rolle spielen, so wird man feststellen, daß sich die Rechtsordnung vorwiegend mit der Beziehung der Ehegatten untereinander und der Eltern zu den Kindern beschäftigt³⁰⁰). Im übrigen wird der Verwandtschaft verhältnismäßig wenig Aufmerksamkeit gewidmet. Im Erbrecht haben die Abkömmlinge, also auch Enkel und Urenkel, ein Pflichtteilsrecht (§ 2303 BGB). Für entferntere Angehörige besteht ein sekundärer Unterhaltsanspruch gegen die wohlhabenderen Angehörigen, der aber nicht so weit geht, daß die wohlhabenderen Angehörigen auch bei Gefährdung ihres standesgemäßen Unterhalts zur Zahlung verpflichtet sind (§§ 1609, 1603 BGB). Schließlich kennen noch Strafrecht und Prozeßrecht für Angehörige die Entschuldigungsgründe des Notstandes und des Nötigungsnotstandes (§§ 52 und 54), Vergünstigungen beim Antragsrecht, der Begünstigung und der Verbrechensanzeige (§§ 263 Abs. 5, 257 und 139) und das Zeugnisverweigerungsrecht (§ 52 StPO). Eine Rechtspflicht aller Angehöriger, einander Hilfe zu leisten, kann indessen daraus, daß für Angehörige bei der Aussage vor Gericht und beim Notstand gewisse Sonderrechte gelten, nicht hergeleitet werden. Diese Rechte sind kein Indiz für das Bestehen einer Norm, derzufolge alle Angehörigen einander helfen müßten. Von der Ehe und dem Verhältnis zwischen Eltern und unmündigen Kindern abgesehen, hat die Rechtsordnung die Beziehungen unter Angehörigen vielmehr im wesentlichen nicht anders geregelt als unter einander ganz fremden Menschen. Insoweit befindet sich die Rechtsordnung auch mit den Gegebenheiten des Lebens im Einklang. Denn Verwandte, selbst Geschwister, verlieren oft ganz das Zusammengehörigkeitsgefühl und schließen sich an andere, nicht verwandte Menschen wesentlich enger an als an ihre Blutsverwandten. Eine starke, zwingende, rechtliche Bindung zwischen Verwandten würde daher auch in gesund und natürlich empfindenden Kreisen kein Verständnis finden. Wollte man beispielsweise Menschen verpflichten, die Gefahren, die ihren entfernten Angehörigen drohen, abzuwenden, so müßte man auch dazu kommen, eine solche Abwendungspflicht bei Freundschaften gleicher Stärke anzuerkennen. Die Tendenz hierzu zeigt sich auf einem anderen Gebiet, nämlich bei der Frage der

²⁹⁷ RGSt 39/397 (1906), 64/316 (1930), 72/373 ff (1938) und OGHSt 1/87 ff (1948).

²⁹⁸ RGSt 39/397 (1906) und 72/373 ff (1938).

²⁹⁹ Anders Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 154, und die oben genannten vier Entscheidungen, die eine Rechtspflicht auch aus dem Verwandtschaftsverhältnis herleiten wollen. — In einem solchen Fall kann eine Verurteilung jedoch nur, falls seine Voraussetzungen gegeben sind, aus § 330c erfolgen.

³⁰⁰ Das Grundgesetz beschäftigt sich in Art. 6 zwar mit Ehe und Familie, regelt aber von den Familienverhältnissen nur ausführlich das Verhältnis der unmündigen Kinder zu den Eltern.

Tatbestandsmäßigkeit der Beleidigung im engsten Familienkreis³⁰¹); ihr nachzugeben, erscheint mir recht bedenklich.

Es besteht mithin nicht die Pflicht, die einem Verwandten drohende Gefahr abzuwenden, auch wenn der Verwandte ein Enkel, ein Bruder, ein volljähriges Kind oder ein Elternteil ist. Nur die Ehegatten untereinander und die Eltern gegenüber den minderjährigen Kindern sind verpflichtet, Gefahren abzuwenden.

Ebensowenig wie die Verwandtschaft erzeugt die Verlobung besondere Rechtspflichten. Sie ist von der Rechtsordnung nicht als eine Vor-Ehe, sondern als die Ermöglichung besseren Kennenlernens gedacht³⁰²). Rechtspflichten des einen Verlobten gegenüber dem anderen können nur zufällig beim Hinzutreten weiterer Rechtsgründe (vor allem bei freiwilliger Übernahme oder vorausgegangenem, gefahrbegründendem Tun) entstehen³⁰³). So beruht auch die Rechtspflicht des Verlobten, die Abtreibung des von ihm erzeugten Kindes durch seine Verlobte zu verhindern, auf vorangegangenen, gefahrbegründendem Tun³⁰⁴). Das hat das RG in einem dahingehenden Fall übersehen. Es prüfte nur, ob das Verlöbniß eine Erfolgsabwandlungspflicht für den Verlobten begründet habe, und beantwortete diese Frage zu Recht verneinend³⁰⁵). Daß es in einem solchen Fall auf das Verlöbniß gar nicht ankommen kann, folgt einmal daraus, daß es auch nicht verlobte außereheliche Erzeuger gibt, die selbstverständlich die Abtreibung ebenso verhindern müssen wie der Verlobte, zum andern könnte das Verlöbniß dem Verlobten sowieso keine Rechtspflicht gegenüber der Allgemeinheit, dem Träger des Rechtsguts des § 218, auferlegen³⁰⁶).

γ. Rechtspflichten des Wohnungsinhabers.

Das Strafgesetzbuch hat in § 223b demjenigen eine Sorgepflicht für Kinder, Jugendliche, Kranke und Gebrechliche auferlegt, dessen Hausstand die genannten Personen angehören. Literatur und Rechtsprechung knüpfen darüber hinausgehend ganz allgemein an den Posten des Haushaltungsvorstandes und die Stellung als Leiterin des Hauswesens Rechtspflichten³⁰⁷). Es fragt sich, ob das zulässig ist.

³⁰¹) Vgl. dazu Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 222, 223; Nagler-Schaefer, LK, 1954, Anm. II zu § 185, und Schöнке-Schröder, 1954, Anm. II, 2 zu § 185.

³⁰²) Vgl. § 1297 BGB und die Ausführungen des RG in RGSt 56/169 (1921).

³⁰³) Ein Beispiel dafür ist der schon oben S. 36 behandelte Fall, der einer BGH-Entscheidung aus dem Jahre 1954 zugrunde lag (LM 25 zu § 222). Hier ergab sich eine Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun, vielleicht auch aus freiwilliger Übernahme. Aber auch in diesem Fall konnte aus dem Verlöbniß nicht — wie der BGH annahm — eine Rechtspflicht hergeleitet werden. Auch nach OLG Jena in HRR 1935/216 (1934) und im Anschluß daran Sauer in GS 114/308 (1940) soll der Verlobte verpflichtet sein, die Unzucht seiner Verlobten zu verhindern. Das ist sogar dann unrichtig, wenn das Verlöbniß rechtspflichtbegründend wäre, da das durch § 180 geschützte Rechtsgut ein Rechtsgut der Allgemeinheit ist.

³⁰⁴) Richtig daher Maurachs Kritik (Allg. Teil, 1954, S. 243) an RGSt 56/169.

³⁰⁵) RGSt 56/169 (1921). Das RG kam zum Freispruch. Es führte aus, der Verlobte habe keine rechtliche, sondern nur eine moralische Pflicht gehabt, die Abtreibung zu verhindern, „weil das Verlöbniß nicht einmal einen dem kraft der Eheschließung begründeten ähnlichen Rechts- und Pflichtenkreis erzeugt“.

³⁰⁶) Unrichtig daher Schöнке-Schröder, 1954, Vorbem. VII, 1a vor § 1, die hier auf die natürliche Verbundenheit der Verlobten abstellen anstatt auf das vorangegangene Tun des außerehelichen Erzeugers.

³⁰⁷) Dahm, ZStW 59/171 (1940); Niethammer, ZStW 57/446 (1938); Nagler und Mezger, LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B I, 3b; Schöнке-Schröder, Vorbem. VII, 1b vor § 1 (1954); Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 1955, S. 95; RGSt 14/362 ff. (1886); 52/203 ff. (1918); 57/242 (1923); 69/321 (1935); 73/389 ff. (1939); OLG Celle in HEST 1/109 ff. (1947); BGHSt 3/21 ff. (1952). Es handelt sich nach meinen Feststellungen um die wichtigste Fallgruppe der Rechtspflichten aus Gesetz. Acht Tötungs- und Körperverletzungsurteile und je fünf Hehlerei- und Kuppeleijurteile wurden mit einer sich aus der Stellung als Haushaltungsvorstand ergebenden Pflicht begründet. Die Ausdrücke „Haushaltungsvorstand“ und „Leiterin des Hauswesens“ finden oft Verwendung, z. B. in dem Urteil des Bay. ObLG in MDR 1952/312 (1951).

Das bloße Zusammenwohnen von Menschen unter einem Dache, in einem Hause oder in einer Wohnung, die Haus- oder Wohnungsgemeinschaft, erzeugt keinerlei Rechtspflichten. Im Leipziger Kommentar wird zwar die Ansicht vertreten, aus sozialetischen Gründen ergebe sich eine Rechtspflicht der in Wohnungsgemeinschaft lebenden Menschen, sich gegenseitig Hilfe zu leisten³⁰⁸). Außer einer übersteigerten Bewertung der Gemeinschaft, zu der sich aber weder in unserer Sozial-, noch in unserer Rechtsordnung eine Grundlage findet, ist dafür aber kein Anlaß zu erkennen. Auch die Stellung des Haushaltungsvorstandes oder der Leiterin des Hauswesens kann eine Rechtspflicht insoweit nicht begründen. Rechtlich bedeuten diese Titel, die unangenehme Erinnerungen an Luftschutzkeller, gemeinsames Radiohören und andere „Gemeinschaftserlebnisse“ wachrufen, nichts. Endlich begründet auch der Abschluß des Mietvertrags keine strafrechtliche Erfolgsabwendungspflicht für den Vermieter, da der Vermieter zwar die Garantie für die Gebrauchsfähigkeit der Mietsache in aller Regel aber nicht die Abwehr der dem Mieter im übrigen drohenden Gefahren übernimmt. Ansatzpunkt für die Begründung der Rechtspflicht muß vielmehr das in der Verfassung verankerte Haus- und Wohnungsrecht sein. Unsere Rechtsordnung geht von der Unverletzlichkeit der Wohnung aus³⁰⁹). Der Inhaber des Hausrechts kann jedem Fremden das Betreten des Hauses untersagen³¹⁰). Die Polizei kann die Wohnung gegen den Willen des Hausherrn nur bei Vorliegen gesetzlich genau geregelter Sachverhalte betreten³¹¹). Der Inhaber dieses verfassungsmäßig geschützten Wohnungsrechts nimmt also eine in mehrfacher Beziehung privilegierte Stellung ein. Wenn ihm die Rechtsordnung aber ein solches Vorrecht einräumt, so kann sie auch von ihm verlangen, daß er in seiner Wohnung Schädigungen Einzelner oder der Allgemeinheit verhindert.

Der Wohnungsinhaber ist daher verpflichtet, denjenigen, die in seinem Haus oder in seiner Wohnung erkranken oder verunglücken, nach Möglichkeit zu helfen³¹²), und zwar auch dem Bettler und dem Dieb, der z. B. bei der Flucht stürzt³¹³). Die Polizei, die in solchen Fällen nämlich in erster Linie zur Hilfeleistung berufen ist, hat nach unserer Rechtsordnung zu der Wohnung keinen freien Zutritt. Der Wohnungsinhaber hat das Recht auf Unverletzlichkeit seiner Wohnung. Dieses Recht des Wohnungsinhabers begründet seine Hilfespflicht. Die Hilfespflicht besteht natürlich nur soweit, wie sich das Recht erstreckt. Das Recht beschränkt sich auf das befriedete Besitztum (§ 104 Abs. 1 StPO). Aus den Ereignissen, die auf seinem unbefriedeten Besitztum stattfinden, erwachsen dem Eigentümer nicht mehr Pflichten als einem Fremden. Stürzt der flüchtende Dieb im Vorgarten des Hauses, der gegen die Straße nicht eingezäunt ist, von jedem Vorübergehenden eingesehen und von jedem Hilfswilligen betreten werden kann, so haftet der Eigentümer, der den Dieb dort liegen läßt, allenfalls aus

³⁰⁸) Nagler und Mezger, LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B I, 3 b.

³⁰⁹) Art. 13 Grundgesetz.

³¹⁰) Vgl. § 123 StGB.

³¹¹) Art. 13 Abs. 2 Grundgesetz, §§ 102 ff StPO.

³¹²) RGSt 14/362 ff (1886): Der Hauseigentümer kümmert sich nicht um die Beleuchtung des Treppenhauses und ist daher für die Verletzung eines im Treppenhaus Verunglückten verantwortlich; RGSt 69/321 ff (1935): Der Wohnungsinhaber läßt den schwerkranken Mitbewohner ohne Hilfe, so daß er umkommt. RGSt 74/309 ff (1940) und BGHSt 3/21 ff (1952): Die den Hof bewirtschaftende Bäuerin hilft nicht dem dort lebenden, erkrankten Verwandten, so daß er stirbt. — Hierher gehören auch die Entscheidungen, in denen die Rechtspflicht der Großmutter, den Tod des Enkels zu verhindern, aus ihre Stellung als Wohnungsinhaberin folgt. Siehe oben, S. 65, 66.

³¹³) Mit Einschränkungen anerkannt: Vgl. z. B. Dahm, Bemerkungen zum Unterlassungsproblem, ZStW 59/174 (1940), und Sauer, Das Unterlassungsdelikt, GS 114/311 (1940), ganz ablehnend freilich Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 1955, S. 93.

§ 330c, nicht aber wegen Tötung oder Körperverletzung durch Unterlassen. Duldet der Hauseigentümer oder Mieter hier eine Straftat, so macht er sich nicht anders strafbar als der, der diese Straftat auf der Straße oder auf fremdem Grund und Boden duldet. Nur soweit das Hausrecht reicht, gilt auch die dadurch begründete Hilfspflicht.

Neben die Pflicht, den Kranken und Verunglückten zu helfen, tritt für den Wohnungsinhaber als Folge seines verfassungsmäßig garantierten Rechts auf Unversehrtheit seiner Wohnung die weitere Pflicht, dort, wo sein Recht gilt, Straftaten (meistens handelt es sich um Begünstigung und Hehlerei) zu verhindern. Das RG hat z. B. eine Ehefrau wegen Hehlerei verurteilt, weil sie während der Strafhaft des Mannes die von diesem auf dem Dachboden untergebrachte Diebesbande mit ihrem Diebesgut nicht aus dem Hause wies³¹⁴). Das RG leitete die Rechtspflicht der Frau, die Diebesbande aus dem Hause zu weisen, aus der Ehe ab. Da eine solche Rechtspflicht aber, gäbe es sie überhaupt, nur dem Ehemann gegenüber bestände, könnte sie nicht zur Begründung einer Verurteilung wegen Hehlerei herangezogen werden³¹⁵). Die Entscheidung ist aber im Ergebnis richtig, da die Frau für die Dauer der Strafhaft ihres Mannes Inhaberin des Wohnungsrechts war. Die Bedeutung des Wohnungsrechts hat das RG in seiner Entscheidung vom 13. Februar 1923 richtig erkannt³¹⁶). In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall war der Vermieter wegen Hehlerei angeklagt worden, weil er geduldet hatte, daß ein Mieter einen gestohlenen Gegenstand in der Wohnung versteckt gehalten hatte. Das RG hat seine Entscheidung zu Recht davon abhängig gemacht, ob der gehehlte Gegenstand in einem dem Rechte des Vermieters unterstehenden Raum gewesen war oder ob der Mieter, bei dem sich der Gegenstand befunden hatte, eigenes Wohnungsrecht hatte, der Vermieter also nur der zu nichts verpflichtete Hausgenosse des Mieters war³¹⁷).

Die Pflicht zur Verhinderung von Unzucht im eigenen Haus insbesondere ist durch § 180 Absatz 3, demzufolge die Gewährung von Wohnung an Personen, die über 18 Jahre alt sind, nur dann Kuppelei ist, wenn die Betreffenden ausgenutzt oder zur Kuppelei angehalten werden, eng begrenzt³¹⁸). In einem der wenigen, durch § 180 Absatz 3 nicht ausgeschiedenen Fälle ist der Wohnungsinhaber, der es zugelassen hatte, daß in seiner Wohnung Zimmer an „Pärchen“ vermietet wurden, zu Recht wegen Kuppelei bestraft worden³¹⁹). Bedenklich ist dagegen das Urteil des BGH vom 23. Februar 1954³²⁰). Der Bundesgerichtshof geht hier zwar zutreffend davon aus, daß der Vater nach der Eheschließung seiner minderjährigen Tochter keine Rechtspflicht zur Verhinderung der Unzucht habe, da ihm kein Erziehungsrecht mehr zustehe. Der BGH folgert aber eine Rechtspflicht, die Unzucht der bei ihm wohnenden Tochter zu verhindern, aus der Stellung des Vaters als Haushaltungsvorstand. Das ist nur richtig, falls

³¹⁴) RG in JW 1931/1576.

³¹⁵) Das erkennt H. Mayer, 1953, S. 116, richtig. Die auf dem Wohnungsrecht beruhende, richtige Lösung des Falles hat er freilich nicht gesehen.

³¹⁶) RGSt 57/242 (1923).

³¹⁷) Richtig auch RGSt 52/203, 204 (1918) und OLG Celle in HEST 1/109 ff (1947). Im Ergebnis zutreffend ferner RG in DR 1943/234, das freilich dieselbe unrichtige Begründung verwendet wie in JW 1931/1576. Bedenklich RGSt 58/299 ff (1924), wonach der Gaststätteninhaber kraft Hausrechts verpflichtet sein soll, den Verkauf gestohlener Gegenstände in seiner Wirtschaft zu verhindern. Da die Gaststube vor Betriebsschluß für jeden zugänglich ist, wie sie nicht in der Weise respektiert wie die Wohnung (§ 104 Abs. 2 StPO). Hier wäre also besser auf die Berufspflicht des Wirtes abgestellt worden.

³¹⁸) Richtig v. Liszt-Schmidt, 1927, S. 552. Zu Unrecht legt Frank, Anm. III, 2 zu § 181 (1931), dem Hausrecht keinerlei Bedeutung bei.

³¹⁹) BGH in LM, Nr. 3 zu § 180 (1951).

³²⁰) BGH in NJW 1954/847.

die Tochter noch nicht 18 Jahre alt ist (arg. aus § 180 Abs. 3). Gewiß unrichtig ist endlich das Urteil des Bayerischen Obersten Landesgerichts, wonach Eltern, die die Unzucht ihrer volljährigen Kinder in der elterlichen Wohnung nicht hindern, wegen Kuppelei strafbar sein sollen³²¹). Ihre Elternstellung führt — wie schon dargelegt — zu keiner derartigen Rechtspflicht, und auch die ihnen als Inhaber des Hausrechts obliegende Pflicht ist gemäß § 180 Abs. 3 nicht verletzt. Dagegen muß der Wohnungsinhaber natürlich verhindern, daß in seiner Wohnung Sittlichkeitsverbrechen begangen werden. Deswegen müßte die Ehefrau, welche die gleichgeschlechtliche Unzucht ihres Mannes in der Wohnung duldet, als Mitinhaberin des Hausrechts wegen Beihilfe zu § 175 bestraft werden. Das RG hat in einem solchen Falle aber die Frau aus § 180 verurteilt³²²). Das ist nicht haltbar, da aus der Ehe weder eine Rechtspflicht gegenüber der Allgemeinheit hergeleitet werden kann, noch ein außerhalb der straffreien Grenze des § 180 Abs. 3 liegender Fall der Kuppelei gegeben ist.

In totalitären Staaten, in denen die Wohnung nicht in demselben Maße respektiert wird wie im demokratischen Rechtsstaat, dürfte die Begründung einer Rechtspflicht hier weit schwerer fallen³²³). Allein auf das gegenüber Privatpersonen zulässige Hausrecht und darauf, daß der Überblick für die Staatsorgane aus technischen Gründen erschwert ist, läßt sie sich jedenfalls nicht stützen. Das bedarf vor allem deshalb der Hervorhebung, weil in der Literatur gelegentlich die Meinung vertreten worden ist, im „völkischen Führerstaat“ habe der Volksgenosse eine größere Zahl von Rechtspflichten als im „liberalen Parteienstaat“³²⁴). Das mag in tatsächlicher Hinsicht stimmen, weil man, um zu einer Bestrafung zu kommen, Rechtspflichten willkürlich konstruierte, dogmatisch ist die Behauptung falsch: je mehr Verantwortung der Mensch in seinem eigenen Lebensbereich trägt, desto zahlreicher sind auch seine der Allgemeinheit geschuldeten Pflichten. Die Sache liegt gerade so, daß die dem Einzelnen durch die Gesellschaftsordnung gewährte Freiheit die Voraussetzung für die Entstehung der meisten Rechtspflichten ist.

Aus diesen Darlegungen folgt, daß derjenige, der unter Polizeiaufsicht steht, keine Rechtspflicht hat, in seiner Wohnung Verbrechen zu verhindern. Die Polizei kann bei ihm ungehindert ein- und ausgehen³²⁵), insoweit fehlt ihm daher das zur Entstehung der Rechtspflicht erforderliche Wohnungsrecht. Soweit freilich in seiner Wohnung Personen verunglücken oder erkranken, obliegt ihm die Hilfeleistungspflicht des Wohnungsinhabers, da er insoweit ein Wohnungsrecht genießt, als er hilfswilligen Privatleuten den Zugang in seine Wohnung verwehren kann³²⁶).

5. Rechtspflichten der Beamten.

Eine weitere wichtige Erfolgsabwendungspflicht aus dem Gesetz ist die Amtspflicht³²⁷). Jeder Beamte im strafrechtlichen Sinn, also jede Person, die von einer nach Bundes- oder Landesrecht zuständigen Stelle durch einen ausdrücklichen

³²¹) Bay. Ob.LG in MDR 1952/312.

³²²) RG in HRR 1940, Nr. 41.

³²³) Da in der NS-Zeit die Wohnung nicht unverletzlich war, ist es verständlich, daß Sauer, Das Unterlassungsdelikt, GS 114/303 (1940), sich scharf gegen die Begründung einer Erfolgsabwendungspflicht nur aus dem Grunde wendet, daß im eigenen „Herrschaftsbereich“ ein Unglück entstanden ist.

³²⁴) Schaffstein, Festschrift für Graf Gleispach, 1936, S. 96; Busch, Betrug durch Verschweigen, 1936, S. 16/17.

³²⁵) § 39 Nr. 3 StGB, § 104 Abs. 2 StPO.

³²⁶) Art. 13 GG. — Ihnen gegenüber ist er ja auch strafrechtlich gemäß § 123 geschützt.

³²⁷) Nagler und Mezger in LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B I, 3a; Maurach, Allg. Teil, 1954, S. 241; Schönke-Schröder, 1954, Vorbem. VII, 1b zu § 1, Unbestritten.

oder stillschweigenden öffentlich-rechtlichen Akt zu Dienstverrichtungen berufen ist, die aus der Staatsgewalt abgeleitet sind und staatlichen Zwecken dienen³²⁸), ist der Allgemeinheit gegenüber zur ordentlichen Durchführung und Erfüllung seiner Dienste verpflichtet. Die Allgemeinheit, vertreten durch die vom Parlament gewählten Repräsentanten, hat diese Beamten zu gewissen Zwecken eingesetzt, mit Vollmachten und Rechten ausgestattet und — jeweils auf einem bestimmten Gebiet — mit einer größeren Machtfülle versehen, als sie der gewöhnliche Bürger besitzt. Das ist der Rechtsgrund, der in der Person des Beamten eine Rechtspflicht zur ordentlichen Erfüllung seiner Dienste begründet. Der Gesetzgeber hat das in zahlreichen Bestimmungen des Strafgesetzbuches zum Ausdruck gebracht (§§ 340, 341, 347, 357 z. B.) der Grundsatz gilt aber ganz allgemein. Wem die Rechtsordnung besondere Rechte einräumt, der hat der Allgemeinheit gegenüber auch besondere Pflichten. Allerdings müssen diese Pflichten den Rechten entsprechen. So ist es die Aufgabe der Polizei, für Sicherheit und Ordnung zu sorgen³²⁹). Zur Erfüllung dieser Aufgaben haben die Beamten Uniformen, Waffen, Sonderausweise, die sie zum Betreten geschlossener Veranstaltungen berechtigen; sie dürfen — unter gewissen Voraussetzungen — Festnahmen vornehmen, Personen durchsuchen und Zwang anwenden³³⁰). Da die Gesellschaft diese Rechte nur der Polizei gewährt, dagegen dem einzelnen Bürger — im Vertrauen auf das Funktionieren dieser Behörde — Verteidigungsmaßnahmen untersagt³³¹) und ihn auf die Anrufung der Polizei verweist, ist es die Rechtspflicht jedes einzelnen Polizeibeamten, für Sicherheit und Ordnung zu sorgen. Tritt ein strafrechtlicher Erfolg in tatbestandsmäßiger Form deswegen ein, weil ein Polizist dieser Pflicht zuwider nicht tätig in das Geschehen eingegriffen hat, obwohl er es gekonnt und zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung auch gemußt hätte, dann muß er folgerichtig ebenso bestraft werden, wie wenn er zur Verwirklichung des Erfolges tätig geworden wäre³³²). Die in der Literatur dagegen erhobenen Bedenken³³³) vermag ich nicht zu teilen. Nach H. Mayer soll der Polizist, der aus Feigheit gegen den betrunkenen Messerstecher nicht einschreitet, an einer von diesem verursachten Körperverletzung oder Tötung nicht als Gehilfe beteiligt sein³³⁴). Das kann nicht richtig sein. War der Polizist instande, den Messerhelden von seinem Tun abzuhalten, so ist er, wenn er das vorsätzlich unterließ, wegen Beihilfe zur Körperverletzung oder Tötung zu bestrafen. War er dagegen unbewaffnet und auch körperlich dem Messerstecher unterlegen, so daß ihm ein Eingreifen zu Recht zwecklos und selbstmörderisch erschien, so mußte er die ihm mögliche Erfolgsabwendung versuchen,

³²⁸) Schöнке-Schröder, 1954, Anm. II, 3 zu § 359.

³²⁹) Gemäß dem noch heute geltenden Grundsatz des § 14 des Preuß. Polizeiverwaltungs-gesetzes.

³³⁰) Vgl. die §§ 98, 102 ff., 127 Abs. 2, 163 StPO in Verbindung mit § 152 GVG, sowie die §§ 14 ff. des Preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes.

³³¹) Privatleuten ist nur in beschränktem Maße erlaubt, Waffen zu tragen. Die Selbsthilfe ist nur im engen Rahmen des § 229 BGB, die Notwehr nur unter den Voraussetzungen des § 53 zulässig, Festnahmen sind nur in der Begrenzung des § 127 Abs. 1 StPO jedermann erlaubt.

³³²) So hat das RG in JW 1939/543 (1938) den Polizeibeamten der Wasserschutzpolizei zu Recht wegen fahrlässiger Tötung bestraft, der es unterlassen hatte, den sinnlos betrunkenen Kapitän eines Flußschiffes von der Führung seines Schiffes fernzuhalten, bis er wieder nüchtern gewesen wäre. Der Kapitän verursachte im Rausch später den Tod eines Menschen. Ebenso auch Mittelbach in JW 1939/544, 545. — Ebenso war der KZ-Kommandant verpflichtet, bei Meidung der Bestrafung aus § 340 Mißhandlungen der Häftlinge durch die Wachmannschaften entgegenzutreten (OGHBrZ in JR 1950/565).

³³³) Drost in GS 109/40 ff. (1937); H. Mayer, 1953, S. 119.

³³⁴) H. Mayer, 1953, S. 119. Der Fall wurde schon oben, S. 43, in anderem Zusammenhang erwähnt.

Hilfe holen usw. Andernfalls würde er sich auch in diesem Falle der Beihilfe zur Körperverletzung bzw. Tötung schuldig machen. Zu den Rechtspflichten des Polizeibeamten gehört es, Straftaten seiner Kollegen zu verhindern. In der Regel kann der Polizeibeamte nur als Gehilfe an der Straftat seines Kollegen, die er nicht verhindert, bestraft werden; nur den Vorgesetzten trifft in einem solchen Fall die Täterstrafe (§ 357)³³⁵). Außerdienstlich dagegen hat der Polizeibeamte richtigerweise keine oder doch nur eine sehr beschränkte Erfolgsabwendungspflicht³³⁶). Wenn er sich auf seiner Urlaubsreise befindet und einem überfallenen Mitbürger nicht hilft, so kann er nur nach § 330c strafbar sein; denn die Allgemeinheit hat zur Erfolgsabwendung am Urlaubsort und zur Urlaubszeit andere Beamte bestellt. Der Polizist, der sich im Urlaub befindet, hat nicht mehr Rechte, als jeder andere Bürger auch. Er kann folglich auch nicht mehr Pflichten haben³³⁷).

Das für die Polizeibeamten Gesagte gilt entsprechend für alle anderen Beamten. Feuerwehrlaute müssen keine Verbrechen verhindern, sie müssen aber löschen³³⁸). Andernfalls sind sie wegen Brandstiftung durch Unterlassen strafbar. Ebenso haben sie die Rechtspflicht zur Rettung von Menschen aus Lebensgefahr. Dasselbe gilt in ihrem Bereich für Zollbeamte, Förster in ihren Revieren, Richter³³⁹), Notare in ihren Amtsobliegenheiten, Bürgermeister³⁴⁰), Gefangenenerwärter³⁴¹), Postbeamte³⁴²) und Eisenbahnbeamte³⁴³). Dabei ist immer zu prüfen, zum

³³⁵) Vgl. den bereits oben, S. 40/41, erörterten Fall: BGHSt 3/349 ff. (1952). Pflicht zum Eingreifen bei Straftaten anderer Beamter wird vom RG in JW 1936/3004 bejaht. Nach RG in DR 1939/1131 hat der Arbeitsdienstführer die Rechtspflicht, Mißhandlungen eines Arbeitsmannes durch dessen Kameraden zu verhindern. Beihilfe zu § 340 durch Unterlassen liegt vor, wenn der vorführende Beamte, obwohl er es kann, nicht gegen den vernehmenden Beamten einschreitet, der den Vorgeführten schlägt: BGH in NJW 1951/324 (siehe auch oben S. 17).

³³⁶) Nur „im Dienst“ hat der Beamte Vorrechte und Pflichten. Außerhalb des Dienstes besteht für ihn eine gewisse Treupflicht, die dazu verpflichtet, schwere Verbrechen zur Anzeige zu bringen, auch wenn sie dem Beamten nur privat zur Kenntnis kommen: OLG Freiburg in HEST 2/59 ff. (1947), BGHSt 5/225 ff. (1953). Dienstlich bekannt gewordene Straftaten müssen uneingeschränkt angezeigt werden: RGSt 70/251 ff. (1936); BGH in LM, Nr. 1 zu § 346 (1951), BGHSt 4/167 ff. (1953).

³³⁷) Manche Dienstpflichten reichen allerdings noch in das Privatleben hinein, so die Pflicht des ausscheidenden Beamten, bei Meidung der Bestrafung aus § 348 Unterlagen, die sich ordnungsgemäß bei ihm daheim befinden, auf Verlangen herauszugeben: BGHSt 3/82 ff., bes. S. 88 (1952).

³³⁸) OGHSt 1/316 ff., vor allem S. 317 (1949) „... war als Feuerwehrführer verpflichtet, Brände zu löschen, wenn er es konnte.“

³³⁹) Rechtspflicht des Haftrichters, die richtige Berechnung der Haftzeit zu überwachen bei Meidung der Bestrafung aus der Bestimmung über Freiheitsberaubung im Amt: RGSt 30/135 (1897).

³⁴⁰) Das RG hat in HRR 1937/773 den Bürgermeister wegen Beihilfe zur Amtsunterschlagung verurteilt, der die Unterschlagung durch einen Gemeindeangestellten wissentlich geduldet hatte. — Die bloße Nichtanzeige eines ungetreuen Gemeindeangestellten ist aber nur dann Begünstigung im Amt, wenn sie einen Ermessensmißbrauch des Bürgermeisters darstellt: RGSt 73/265 (1939), 74/178 ff., vor allem 180 (1940).

³⁴¹) RGSt 53/292 (1919): Es ist die Rechtspflicht des Gefangenenhilfsaufsehers, den Diebstahl von Zigaretten durch Strafgefangene bei der Außenarbeit zu verhindern. — Im Ergebnis ist die Entscheidung zweifellos richtig. Aber die Begründung ist bedenklich. Denn der Strafvollzugszweck, soweit er darin besteht, daß der Verurteilte zu gesetzestreuem Leben anzuhalten ist, erzeugt keine Rechtspflicht gegenüber dem Zigaretten-eigentümer zur Sorge für dessen Eigentum. Die Rechtspflicht ergibt sich aber aus dem Strafvollzugszweck der zeitweisen Beseitigung einer Gefahr, der sog. Unschädlichmachung.

³⁴²) Das RG hat in RGSt 60/11 (1925) den Postbeamten aus § 351 bestraft, der, nachdem er ein Paket unterschlagen hatte, die Berichtigung des Registers unterließ, in das er zunächst gutgläubig eingetragen hatte, er habe ein Paket nach X weitergeschickt. Ähnlich RGSt 72/193 ff., bes. S. 196/197 (1938).

³⁴³) RGSt 53/108 (1918): Der Zugführer ist strafbar nach § 257, wenn er es zuläßt, daß Eahnbedienstete Wein aus dem von ihm geführten Güterzug stehlen. BGHSt 6/1 ff. (1954): Es ist die dienstliche Pflicht des Eisenbahnbeamten, Unfälle nach Maßgabe der Vorschriften zu verhindern. Bei Nichterfüllung dieser Pflicht erfolgt Bestrafung aus §§ 315, 316. Ebenso CoA 15/223 (1952).

Schutz welcher Rechtsgüter diese Personen berufen sind. Um welche Rechtsgüter es sich jeweils handelt, ergibt sich regelmäßig aus den Vorrechten, die ihnen die Rechtsordnung einräumt. Jeder Beamte ist auf seinem Amtsposten zur Erfolgsabwendung voll verpflichtet, außerhalb seines Postens aber ein Privatmann mit grundsätzlich nicht mehr Verpflichtungen als jeder andere Bürger auch.

e. Rechtspflichten der Inhaber besonderer Berufsstellungen.

Die Rechtsordnung hat mit einer besonderen Genehmigung zur Ausübung bestimmter Gewerbe und Berufe Rechtspflichten gegenüber der Allgemeinheit verbunden. So sind etwa die im Auslandsgeschäft tätigen Gewerbetreibenden der Allgemeinheit gegenüber verpflichtet, ihre Angestellten zur Einhaltung devisenrechtlicher Bestimmungen zu veranlassen³⁴⁴). Die zum Schutz des Straßenverkehrs vorgesehenen Beifahrer bei Fernlastzügen müssen die Fahrer bei der Abwendung von Gefahren anderer Verkehrsteilnehmer unterstützen³⁴⁵). Pflichten, die denen des Wohnungsinhabers ähnlich sind, treffen den Wirt als Inhaber der staatlichen Genehmigung der entgeltlichen Beherbergung und des Branntweinausschankes³⁴⁶). Rechtsanwälte haben kraft ihrer amtsähnlichen Stellung der Allgemeinheit gegenüber ebenfalls gewisse Rechtspflichten³⁴⁷). Der Kapitän, der einen blinden Passagier entdeckt, ist zur notdürftigen Unterhaltung und Pflege dieser Person verpflichtet. Ein auf hoher See befindliches Schiff kann man nicht ohne weiteres verlassen. Bis zum nächsten Hafen muß der Kapitän daher jeden Mitreisenden, auch wenn kein entsprechender Vertrag vorliegt, unterhalten³⁴⁸). Dazu gehört natürlich auch die notwendige medizinische Versorgung.

Der Arzt, der zufällig auf einem Passagierdampfer, der keinen Schiffssanitäter unter Vertrag hat, als Passagier mitfährt, kann dagegen immer nur nach § 330c bestraft werden, wenn er sich weigert, einen kranken Passagier zu behandeln. Die bloße Erlernung eines Berufes begründet keine Rechtspflicht, wohl aber die Übernahme eines Postens³⁴⁹). So ist der Schiffsarzt auch für die Gesundheit des blinden Passagiers verantwortlich, selbst wenn er nach seinem Vertrag mit dem Schiffseigentümer nicht ausdrücklich zur Behandlung auch solcher Mitreisenden verpflichtet sein sollte³⁵⁰).

³⁴⁴) RGSt 58/130 ff (1924).

³⁴⁵) RGSt 77/64 und 262 ff (1943).

³⁴⁶) RGSt 58/299 ff (1924): Hehlerei durch Unterlassen liegt vor, wenn der Wirt in der Gaststube den Verkauf gestohlener Sachen durch die Diebe duldet. — Der Wirt hat die Rechtspflicht, bei Meldung der Strafe wegen ruhestörenden Lärms, nächtliche Belästigung seiner Anlieger durch Krach seiner Gäste zu verhindern: KG in HRR 1926, Nr. 529 (1925). RGSt 62/392 (1928) nimmt Betrug durch Unterlassen, begangen durch den Veranstalter einer konzessionspflichtigen Tombola, an, der nicht gegen den Beginn der Ausspielung einschreitet, obwohl die Hauptgewinne nicht von Anfang an beiliegen. — Nach RG in HRR 1929, Nr. 261 (1928) begeht die Wirtin Kuppelei durch Unterlassen, die den Geschlechtsverkehr von Kellnerinnen und Gästen in abgetrennten Weinzimmern ihrer Gaststätte duldet.

³⁴⁷) Der zum Pflichtverteidiger bestellte Anwalt hat z. B. die Rechtspflicht, seinen Mandanten darüber aufzuklären, daß er kein Honorar schuldet: RGSt 4/227 (1881).

³⁴⁸) Dahm, Bemerkungen zum Unterlassungsproblem, ZStW 59/173 (1940).

³⁴⁹) Z. B. die Übernahme des Postens als „Bereitschaftsarzt“. Dieser darf seine Hilfe nicht verweigern: BGH in NJW 1955/718. Ähnlich schon Dahm, ZStW 59/173 (1940). Noch weitergehend und überspitzt Kissin, 1933, S. 113, der hier ausführt, daß man schon deswegen mit einem allgemeinen Hilfsverhalten der Ärzte rechne, weil man andernfalls an jeder Straßenecke einen Amtsarzt postieren würde.

³⁵⁰) So auch im Ergebnis Sauer, Das Unterlassungsdelikt, GS 114/303 (1940). Zu dem ganzen Komplex ausführlich E. Schmidt, Die Besuchspflicht des Arztes unter strafrechtlichen Gesichtspunkten, 1949, S. 4 ff.

Zusammenfassend läßt sich über die Rechtspflichten, die sich aus der Rechtsordnung ergeben, folgendes sagen: Wem die Rechtsordnung besondere Rechte einräumt, dem sind auch besondere Pflichten auferlegt. Doch nicht jedes kleine Recht und nicht jeder kleine Vorzug begründen rechtliche Pflichten zur Erfolgsabwendung. Notwendig zur Begründung einer solchen Pflicht sind vielmehr besondere Rechte, in deren Inhaber die Allgemeinheit zugleich das Vertrauen setzt, daß er, diesen Rechten entsprechend, die Abwehr der Gefahren, die typischerweise innerhalb seines Herrschaftsbereichs auftauchen können, übernimmt. Die Unverletzlichkeit der Wohnung, das Recht auf die Erziehung der Kinder und die bevorrechtigte Stellung der Beamten im Staate sind solche besonderen Rechte. Der Grund für die aus diesen Rechten folgenden Pflichten ist, daß die Gesellschaft im Vertrauen auf das Funktionieren der Träger dieser Rechte auf gewisse Sicherungen, wie sie etwa die Erziehung der Kinder durch den Staat und die Erlaubnis der jederzeitigen Durchsichtung von Wohnungen durch die Polizei darstellen würden,³⁵¹⁾ verzichtet.

Aus den von der Rechtsordnung gewährten besonderen Vorrechten läßt sich auch in Fällen, die sich nicht ohne weiteres in die oben aufgezählten Kategorien einordnen lassen, ermitteln, ob eine Erfolgsabwendungspflicht gegeben ist. Als Beispiel soll eine Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1937 angeführt werden³⁵²⁾. Hier war die Erbhofbäuerin wegen Brandstiftung durch Unterlassen bestraft worden, weil sie es unterlassen hatte, einen Brand auf ihrem Anwesen zu löschen. Die Rechtspflicht, so führte das RG aus, folge aus der „Erzeugungsschlacht“, durch die die Ernährungslage des deutschen Volkes verbessert werden sollte. Die Entscheidung ist zu billigen. Durch die NS-Gesetzgebung war der Erbhof derart begünstigt worden, daß derjenige, dem eine solche Pfründe bestellt worden war, der Allgemeinheit, die ja für diese Bevorzugung des bodenständigen Bauerntums durch Steuern und überhöhte Lebensmittelpreise zahlen mußte, die Erhaltung des Besitzes schuldete. Die Rechtspflicht folgte also aus der Verpflichtung des von der Gemeinschaft Begünstigten gegenüber der Gemeinschaft, mithin aus der NS-Rechtsordnung. Da es heute keine so bevorzugten Erbhöfe mehr gibt, ist der Bauer auch nicht mehr verpflichtet, sein brennendes Anwesen zu löschen, wenn man eine solche Rechtspflicht nicht aus dem Recht der Unverletzlichkeit der Wohnung herleiten will.

2. Die Rechtspflicht aus Vertrag.

a. Die Quellen dieser Rechtspflicht.

Pflichten zur Erfolgsabwendung ergeben sich nach Lehre und Rechtsprechung ferner aus Vertrag³⁵³⁾. Die Bezeichnung „Rechtspflicht aus Vertrag“ bedarf der Erklärung: denn eine privatrechtliche Vertragsverletzung kann eine strafrecht-

³⁵¹⁾ Bei den Rechtspflichten der Ehegatten untereinander ist das insofern anders, als die Rechtsordnung zwar die besonderen Rechte der Ehe als Lebensgemeinschaft normiert, die Pflichten aber nur zwischen den Ehegatten entstehen.

³⁵²⁾ RGSt 71/193.

³⁵³⁾ M. E. Mayer, 1923, S. 191; Meyer-Allfeld, 1922, S. 116; Beling, 1930, S. 38; Frank, 1931, Anm. IV, 2 zu § 1; v. Hippel, Lehrbuch, 1932, S. 101; Niethammer, Strafbares Unterlassen, ZStW 57/440 (1938); Mühlmann-Bommel, 1949, Anm. 3 d 2 zu § 1; Vogt, Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung, ZStW 63/398 (1951); Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 154; Nagler und Mezger in LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B I, 3 c; Schönke-Schröder, 1954, Vorbem. VII, 1c zu § 1; Sauer, Allg. Strafrechtslehre, 1955, S. 91; Mezger, Studienbuch, Allg. Teil, 1955, S. 73; RGSt 66/56 ff (1931), 70/45 ff (1935); BGH in MDR 1954/692 ff.

liche Ahndung nicht nach sich ziehen³⁵⁴). Der Rechtsgrund für die Erfolgsabwendungspflicht ist nicht der Vertrag als solcher, sondern die freiwillige Übernahme einer typischen Gefahrenabwehr³⁵⁵). Die Bezeichnung „Rechtspflicht aus Vertrag“ ist freilich insofern berechtigt, als tatsächlich die überwiegende Zahl der in diese Rubrik fallenden Rechtspflichtverletzungen zugleich Verletzungen eines gültigen zivilrechtlichen Vertrages sind. Sie soll daher, der Einfachheit halber, auch in dieser Arbeit verwendet werden.

Zum Unterschied von der Rechtspflicht aus Gesetz und aus vorangegangenen Tun setzt die Rechtspflicht aus Vertrag eine freiwillige Abmachung zwischen zwei Personen voraus. Wer sich zur Erfolgsabwendung verpflichtet, hat aus der freiwilligen Übernahme eine Erfolgsabwendungspflicht nur gegenüber denjenigen Personen, die zu schützen er versprochen hat. Dagegen nimmt Nagler an, daß aus der freiwilligen Übernahme der Gefahrenabwehr stets öffentliche Rechtspflichten gegenüber der Allgemeinheit erwachsen³⁵⁶). Wie schon oben, bei der Behandlung der Rechtspflicht aus Gesetz, dargelegt, bin ich der Ansicht, daß die Pflichten gegenüber der Allgemeinheit nicht aus einem Vertrag oder aus freiwilliger Übernahme, sondern nur aus der Rechtsordnung hergeleitet werden dürfen. Die Rechtsordnung verlangt von Personen, die ein Gewerbe ausüben, das geeignet ist, andere in Gefahr zu bringen, daß die notwendigen Maßnahmen getroffen werden, damit niemand Schaden erleidet. Unterläßt z. B. der Unternehmer beim Bau eines Hauses die notwendige Überwachung seiner Arbeiter, so daß diese beim Dachdecken nicht die unten vorbeiführende Straße absperren, und werden nun Vorübergehende von hinunterfallenden Ziegeln verletzt, so macht sich der Unternehmer einer Körperverletzung durch Unterlassen schuldig. Er könnte nicht bestraft werden, wenn die Rechtspflicht, seine Arbeiter zu überwachen, nur auf der freiwilligen Übernahme des Hausbaus kraft Vertrages mit dem Bauherrn beruhte. Denn die auf Vertrag beruhende freiwillige Übernahme bedeutet die Übernahme des Schutzes der Rechtsgüter einer ganz bestimmten Person, hier also des Bauherrn und seiner Familie. Eine Verpflichtung gegenüber der Allgemeinheit kann auch hier nur aus Gesetz und Rechtsordnung oder aus vorangegangenen Tun hergeleitet werden. In unserem Fall ergibt sie sich aus der Rechtsordnung, nämlich den zum Schutz der Allgemeinheit ergangenen Vorschriften über die Vorsichtsmaßnahmen, die der Unternehmer beim Hausbau zu treffen hat. Die Übernahme von Allgemeinverpflichtungen, wie sie in den angeführten Fällen des Bereitschaftsarztes, des Wirtes, des Lastkraftwagen-Beifahrers und des Bauunternehmers vorliegt, ist also ein Unterfall der Rechtspflicht aus Gesetz. Frei ist in diesen Fällen nur die Wahl des Berufs oder des Geschäfts. Hat man aber einmal ein derartiges Geschäft übernommen, so ist damit automatisch die gesetzliche Verpflichtung verknüpft, gewisse Auflagen zu erfüllen und insoweit den Eintritt gewisser typischer, mit dem Geschäft in Verbindung stehender Erfolge zu verhindern. Das Recht, gewisse Erwerbstätigkeiten zu betreiben, führt zu der Pflicht gegenüber der Allgemeinheit, dabei auf die Verhinderung gewisser damit verbundener, übrigens in der Regel eng begrenzter und genau bezeichneter Schäden bedacht zu sein.

³⁵⁴) Bruns, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, 1938, S. 265/266; Graf zu Dohna, DStR 1939/145; Maurach, Allg. Teil, 1954, S. 242; Drost, GS 109/14 (1937), der aber im Gegensatz zu den zuerst genannten Autoren die indizierende Wirkung des Vertrages für das Vorliegen einer Gefahrübernahme verkennt. Nach ihm ist es unerträglich, daß der, der für 10 Mark die Rettung eines Menschen verspricht, bei Nichterfüllung des Versprechens wegen Tötung bestraft werde.

³⁵⁵) Kohlrausch-Lange, StGB, 1950, S. 5.

³⁵⁶) Nagler in GS 111/24 ff (1938) und in LK, 1954, Anhang und Einleitung 2, B I, 3 c.

Die durch Vertrag begründete Rechtspflicht, d. h. also die freiwillige Übernahme der Garantie für den Nichteintritt gewisser Erfolge, besteht nur zwischen den Parteien oder zwischen dem Verpflichteten und einem begünstigten Dritten.

Es kommt auch im Gegensatz zu den aus Gesetz herzuleitenden Rechtspflichten bei den Rechtspflichten aus Vertrag nicht auf den Stand und den Beruf, sondern allein auf die Beziehung zwischen den betreffenden Personen an³⁵⁷). Wer die Behandlung eines Kranken übernommen hat, muß nach seinen besten Kräften für dessen Heilung sorgen, ob er nun dem Stande des Arztes angehört oder nicht. Er kann sich nicht damit rechtfertigen, daß er ein Student im 10. Semester oder ein hochstapelnder Sanitätssoldat sei.

Es wird auch immer nur für die Erhaltung desjenigen Rechtsguts gehaftet, für das durch die freiwillige Übernahme ausdrücklich oder stillschweigend garantiert wird. Wenn beispielsweise die Eltern für das kleine Kind ein Kindermädchen anstellen, so ist das Kindermädchen nur für die Zeit, in der ihm das Kind faktisch anvertraut ist, für die Erhaltung seines Lebens und seiner Gesundheit verantwortlich. Und selbstverständlich verpflichtet die Anstellung das Kindermädchen nicht, den Eltern des Kindes von Veruntreuungen durch andere Angestellte zu berichten, auf andere als die anvertrauten Kinder oder gar auf die Eltern selbst aufzupassen³⁵⁸). Solche weitergehenden Pflichten würden dem Mädchen nur erwachsen, wenn — möglicherweise auch ohne ausdrückliche Änderung des Vertragsverhältnisses — tatsächlich noch die Pflege weiterer Personen übernommen worden wäre.

Ob eine Erfolgsabwendungspflicht aus Vertrag im Einzelfall besteht, läßt sich nach folgenden Maßstäben ermitteln: Wer es freiwillig übernimmt, Gefahren von dem Rechtsgut eines anderen abzuwenden, verleitet unter Umständen den, dessen Rechtsgut hierdurch geschützt werden soll, zu unvorsichtigem Handeln. Jedenfalls ist seine Übernahme geeignet, den Rechtsgutsträger zur Sorglosigkeit zu veranlassen. Ebenso ist die Übernahme geeignet, die Sorge anderer, gesetzlich und vertraglich Verpflichteter sowie freiwillig Hilfsbereiter für das Rechtsgut, dessen Schutz übernommen ist, zu verringern³⁵⁹). Wenn sich z. B. der Wanderer einem Bergsteiger anvertraut, so führt das in aller Regel dazu, daß er gefährliche Touren unternimmt, die er allein nie unternommen haben würde. Er vertraut darauf, daß der Bergsteiger als erfahrener Führer die seinem Leben und seiner Gesundheit drohenden Gefahren abwehren werde. Im Vertrauen auf die Fürsorge des Kinderfräuleins gehen die Eltern abends in eine Gesellschaft oder ins Theater. Sie sind kraft Gesetzes verpflichtet, Gefahren von ihrem Kind abzuwenden. Dieser Rechtspflicht genügen sie nicht in Person, weil sie darauf vertrauen, daß das Kindermädchen, das sich hierzu freiwillig verpflichtet hat, für das Kind sorgt. Schließlich wird auch die Allgemeinheit, die sich gern um ein vereinzelt, weinendes Kind kümmert, nichts unternehmen, wenn das Kindermädchen in der Nähe ist. Jedermann wird sich darauf verlassen, daß dieses Kindermädchen schon auf das Kind aufpassen und für es sorgen wird. Die

³⁵⁷) Unrichtig Vogt, Das Pflichtproblem bei der kommissiven Unterlassung, ZStW 63/398 (1951), der die Grenzen zwischen Rechtspflicht aus Gesetz und Rechtspflicht aus Vertrag vermischt.

³⁵⁸) Ein gutes Beispiel findet sich bei Roeder, Zum Standortproblem der unechten Unterlassungsdelikte, DSrR 1941/109: Keine Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung, wenn wegen Nichtzahlung fälliger Schulden eine notwendige Reparatur nicht vorgenommen werden kann.

³⁵⁹) Maurach, Allg. Teil, 1954, S. 242, verlangt demgegenüber eine tatsächliche Gefahrbegründung oder -steigerung durch die Übernahme.

Übernahme einer Erfolgsabwendungspflicht ist also auch geeignet, das Rechtsgut dadurch zu gefährden, daß die Hilfstätigkeit nicht verpflichteter Personen eingeschränkt wird.

In allen diesen Fällen braucht zur Begründung der Rechtspflicht kein Vertrag vorzuliegen³⁶⁰). Wenn ein Kurgast mit einem anderen, der ihm erzählt, er sei ein vorzüglicher Bergsteiger und werde ihm an den gefährlichen Stellen helfen, in die Berge geht, so hat der zweite Kurgast damit freiwillig die Gefahrenabwehr wie ein durch Vertrag verpflichteter Bergführer übernommen. Achten Bekannte oder Untermieter auf Bitten der Eltern während deren Abwesenheit auf das Kind, dann sind sie die Substituten der Elternpflicht. Ist der Anstellungsvertrag des Kindermädchens wegen Formmangels oder aus anderen Gründen nichtig, die Stellung aber tatsächlich angetreten, so ist damit die typische Gefahrenabwehr und die Rechtspflicht auf strafrechtlichem Gebiet übernommen.

Andererseits kann der gemietete Bergsteiger unter Bruch seines Vertrages sich weigern, die Tour mitzumachen, das Kinderfräulein, wenn es nicht gerade mit dem Kind allein ist, ohne Grund fristlos kündigen und die Stellung verlassen, ohne daß damit einer Rechtspflicht zuwidergehandelt würde, deren Verletzung strafrechtliche Ahndung nach sich ziehen könnte³⁶¹). Hier weigern sich die betreffenden Personen nämlich — wenn auch im Widerspruch zu den zivilrechtlichen Abmachungen —, die typische Gefahrenabwehr zu übernehmen. Zur Gefahrenabwehr ist aber nur verpflichtet, wer mit oder ohne Rechtsgrund den Schutz eines Rechtsguts übernommen hat. Nur die Übernahme der Gefahrenabwehr hat in der Regel zur Folge, daß entweder das Rechtsgut in Gefahr kommt oder andere Hilfsverpflichtete oder Hilfswillige in ihrer Aufmerksamkeit nachlassen. Unter Zugrundelegung dieser Gedanken läßt sich auch der in der Literatur umstrittene Fall des Kahnfahrers, der von der Mutter eines waghalsigen Schwimmers ohne dessen Wissen gechartert wird, um hinter dem Sohne herzufahren und ihn gegebenenfalls zu retten, lösen³⁶²). Der Kahnfahrer hat der Mutter versprochen, diese Gefahrenabwehr zu übernehmen und hat dafür Geld angenommen. Er bricht jedoch sein Versprechen und fährt nicht. Der waghalsige Schwimmer ertrinkt. Nun hat sich zwar der Schwimmer selbst in Gefahr gegeben in der Meinung, niemand werde für seine Sicherheit sorgen. Das Versprechen des Kahnfahrers war aber geeignet, die hilfswillige Mutter in ihren Bemühungen um die Behütung des Lebens ihres Sohnes erlahmen zu lassen. So liegt in diesem Falle eine echte Übernahme der Gefahrenabwehr vor, die eine Erfolgsabwendungspflicht begründet. Der Kahnfahrer wäre daher wegen Tötung durch Unterlassen zu bestrafen. Seiner Pflicht hätte er nur dadurch entgehen können, daß er der Mutter rechtzeitig mitgeteilt hätte, daß er die Gefahrenabwehr doch nicht übernehmen wolle.

³⁶⁰) So schon RGSt 17/260 (1888), wo der Pflegevertrag über den durch Vernachlässigung der Pflege gestorbenen Geisteskranken seit einem Jahr abgelaufen war. Das RG führt dazu aus: „Die Pflicht bestand unabhängig von der verabredeten Vertragsdauer auf Grund des durch den Vertrag und durch die einmal übernommene Obhut über eine hilflose Person von dem Angeklagten tatsächlich geschaffenen Rechtszustandes und ruhte rechtlich auf der strafrechtlichen Norm, welche die Gefährdung fremden Menschenlebens, für dessen Erhaltung jemand die Verantwortung übernommen hat, verbietet“.

³⁶¹) Richtig Roeder, DStR 1941/153.

³⁶²) Der Fall wird erstmals bei Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Band II, 1914, S. 572, behandelt, der ihn — nach seiner Theorie folgerichtig — bei der Kausalität untersucht und so löst, daß der Kahnfahrer nur, wenn er konkret die Gefahr steigert (z. B. die Mutter ihr Verbot des Schwimmens zurücknimmt), kausal handelt. Seither ist der Fall des Kahnfahrers noch oft abgehandelt worden: Frank, 1931, Anm. IV, 2 zu § 1, und Kissin, 1933, S. 111, verneinen eine Rechtspflicht des Kahnfahrers, Schaffstein, Festschrift für Graf Gleispach, 1936, S. 75, sieht in dem Kahnfahrer keinen „Täter“ eines Unterlassungsdelikts und Drost, GS 109/14 (1937) hält eine Bestrafung des Kahnfahrers für „unerträglich“.

b) *Die wichtigsten Anwendungsfälle der aus Vertrag herzuleitenden
Rechtspflichten.*

Die Fälle, in denen Judikatur und Theorie eine Rechtspflicht aus Vertrag angenommen haben, lassen sich in vier Gruppen einteilen. Die erste Gruppe enthält die zwischen dem Unterlassenden und dem Geschädigten bestehenden Rechtsbeziehungen, die der Geschäftsbesorgung ähnlich sind. Zu einer zweiten Gruppe gehören die einem Arbeitsverhältnis entstammenden Rechtspflichten, bei denen soziale Aspekte eine besondere Rolle spielen. Bei der dritten Gruppe handelt es sich um die durch geschäftliche Beziehungen erzeugte Fürsorgepflicht für fremdes Vermögen. Eine vierte und letzte Gruppe umfaßt die sehr problematischen Rechtspflichten aus dem Versicherungsvertrag³⁶³).

α. *Rechtspflichten aus Geschäftsbesorgung.*

Hierher gehören zunächst die Fälle zivilrechtlicher Geschäftsbesorgung. Ein solcher Sachverhalt lag einer frühen Entscheidung des RG zugrunde³⁶⁴). Ein Gefangenenaufseher, der vier Strafgefangene bewachte, hatte einen vorüberkommenden Arbeiter beauftragt, einen der Gefangenen auf den Abort zu begleiten. Der Arbeiter ließ den Gefangenen laufen. Das RG hat den Arbeiter zu Recht wegen Gefangenenerbefreiung durch Unterlassen bestraft. Sodann zählen zu dieser Gruppe vertragliche Vereinbarungen auf sozial gleicher Ebene, wie sie z. B. zwischen Arzt und Patient³⁶⁵), Kindermädchen und Kind³⁶⁶) und Pfleger und Pflegling³⁶⁷) bestehen. Der leitende Angestellte oder Vertrauensmann, der es zuläßt, daß sein Auftraggeber geschädigt wird, begeht entweder Betrug³⁶⁸) oder Untreue³⁶⁹). Die Vorschrift des § 266 ist in ihrem Wortlaut unmittelbar auf diesen Fall zugeschnitten („die auf einem Treueverhältnis beruhende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen“). Zu dieser Gruppe gehören schließlich nach meiner Ansicht auch die sich in einigen Fällen aus einer engen Gemeinschaft ergebenden Rechtspflichten³⁷⁰). Solche Erfolgsabwendungspflichten liegen nämlich nur vor, soweit und solange der eine Partner es ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten übernimmt, bestimmte Gefahren von dem anderen abzuhalten. Das geschieht z. B. in der Regel bei gemeinsamen Bergtouren. In vielen Fällen wird durch die Bereitschaft, mit einem anderen eine nicht ungefährliche sportliche Unternehmung durchzuführen, stillschweigend die Abmachung getroffen, daß man im Notfall dem anderen beistehen werde. Das gilt besonders dann, wenn die Beteiligten sich darüber klar sind, daß einer allein die Unternehmung gar nicht durchführen könnte. Eine solche Gemeinschaft besteht natürlich

³⁶³) Von 38 höchstrichterlichen Entscheidungen, bei denen eine Rechtspflicht aus Vertrag hergeleitet wurde, war in 12 Fällen die Rechtspflicht aus Geschäftsbesorgung begründet. Die Verurteilung erfolgte wegen Betruges und wegen Untreue in je 4, wegen Tötung (bzw. Körperverletzung) in 3 und wegen Gefangenenerbefreiung in 1 Fall. Arbeitsvertraglicher Natur war die Rechtspflicht in 6 Fällen (viermal Diebstahl, je einmal Betrug und Untreue). Durch geschäftliche Beziehungen wurde eine Fürsorgepflicht für fremdes Vermögen in 16 Betrugsfällen begründet, während aus Versicherungsvertrag die Rechtspflicht in 4 Brandstiftungsfällen hergeleitet wurde.

³⁶⁴) RGSt 7/104 (1882).

³⁶⁵) Vgl. RGSt 74/350 ff, 75/68 ff (beide 1940).

³⁶⁶) Nagler und Mezger in LK, Anhang zur Einleitung 2, B I, 3c.

³⁶⁷) RGSt 10/100 (1884): Entgegen einem Pflegevertrag wird eine alte, blinde, in die Hausgemeinschaft aufgenommene Verwandte nicht gepflegt. RGSt 17/260 (1888).

³⁶⁸) RGSt 4/227 (1881): 34/181 (1901); 67/289 (1933) und 73/284 (1939).

³⁶⁹) RG in Recht 1914, Nr. 2797 und Nr. 2798. RGSt 69/15 ff (1934); RG in JW 1936/2319 und CoA 16/194 (1952).

³⁷⁰) Maurach, Allg. Teil, 1954, S. 243, rechnet diese Fälle zu einer besonderen, neben der Rechtspflicht aus freiwilliger Übernahme stehenden Gruppe.

nicht zwischen Personen, die zufällig gemeinsam in eine Gefahr geraten oder zufällig gemeinsam verunglückt sind. Wenn bei Schiffbrüchigen sogar die Vernichtung des Lebens anderer Schiffbrüchiger entschuldigt wird, falls die Handlung nötig ist, um das eigene Leben zu erhalten, dann wäre es widersinnig, eine Erfolgsabwendungspflicht und ein Einstehenmüssen des einen für den anderen daneben zu fordern³⁷¹). Die Pflicht zur Pflege eines Hausgenossen besteht indes dann, wenn die Hausgemeinschaft im konkreten Fall im Wege einer schlüssigen Vereinbarung eine solche Pflegepflicht begründet hat³⁷²). Die als Verwandtenpflicht bezeichnete Hilfspflicht entfernterer Angehöriger, die unter einem Dach wohnen³⁷³), kann ebenfalls nur unter diesem Gesichtspunkt gegeben sein. Es muß nämlich nachgewiesen werden können, daß sie schlüssig oder ausdrücklich die Verantwortung für die Erhaltung eines Rechtsguts übernommen haben.

ß. Rechtspflichten aus Arbeitsvertrag.

Die sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Rechtspflichten werden in der Literatur³⁷⁴) und in der Rechtsprechung³⁷⁵) unterschiedlich bewertet, je nachdem, ob eine auf patriarchalischer Gesindehaltung und germanischer Gefolgschaftstreue oder eine auf Konkurrenz, Lohnkämpfen und freien Arbeitsplatzwechsel beruhende Arbeitsverfassung angenommen wird. Nach Artikel 9 Absatz 3 Grundgesetz gilt heute eine freiheitliche Arbeitsverfassung, die keine übertriebene „Gefolgschaftstreue“ kennt. Der Arbeitgeber hat aber gewisse Pflichten gegenüber dem Arbeitnehmer, die sich aus seiner relativ günstigeren sozialen Stellung ergeben. Er muß die Arbeitsgeräte und Arbeitsräume in Ordnung halten³⁷⁶), er besitzt gegenüber dem Arbeitnehmer nur eingeschränkte Kündigungsrechte³⁷⁷) und hat ferner z. B. die Pflicht, Schwerbeschädigte anzustellen, Lehrlinge ordentlich auszubilden und zu beaufsichtigen usw. Damit endet freilich seine Pflicht gegenüber seinen Arbeitern. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, sich um den kranken Arbeitnehmer außerhalb der Fabrik zu kümmern. Er ist ebensowenig verpflichtet, den Arbeiter außerhalb der Arbeitsstelle von Straftaten abzuhalten³⁷⁸).

³⁷¹) Richtig Maurach, Allg. Teil, 1954, S. 243.

³⁷²) Vgl. RGSt 10/100.

³⁷³) Vgl. S. 66, 68 und die in Anm. 297) genannten Entscheidungen.

³⁷⁴) Unter Berufung auf „germanische“ Treupflicht: Dahm, Bemerkungen zum Unterlassungsproblem, ZStW 59/177 (1940). Weniger „germanisch“: Schlosky, DStR 1940/134, unter Berufung auf das „gesunde Volksempfinden“.

³⁷⁵) Zu weit geht der BGH in BGHSt 2/325 ff (1952), wenn er feststellt, daß der Arbeitnehmer im allgemeinen verpflichtet sei, alles zu unterlassen, was das Betriebsvermögen des Arbeitgebers benachteilige, und alles zu tun, um drohende Schäden von diesem abzuwenden. — Unbedenklich kann dagegen dem von dem BGH in BGHSt 5/187 ff (1953) entwickelten Gedanken gefolgt werden, wonach aus dem das Arbeitsrecht beherrschenden Grundsatz gegenseitiger Treupflicht folge, daß jeder Arbeitnehmer gehalten sei, im Rahmen seiner Tätigkeit, die Interessen des Arbeitgebers zu schützen.

³⁷⁶) § 618 BGB.

³⁷⁷) Vgl. Kündigungsschutzgesetz vom 10. August 1951.

³⁷⁸) OLG Schleswig, NJW 1954 285 (1953), wonach die Arbeitgeberin nicht verpflichtet ist, die Abtreibung ihrer 19jährigen Hausangestellten, die diese außerhalb der Wohnung ihrer Arbeitgeberin vornimmt, zu verhindern. Nicht zu billigen ist dagegen das Urteil des OLG Karlsruhe, DJ 1936/38 (1935), in dem der Arbeitgeber wegen Beihilfe zum Betrug des Arbeitnehmers (begangen durch Schwarzarbeit bei Weiterbezug der Erwerbslosenunterstützung) bestraft wurde, weil dieser das Arbeitsamt nicht verständigt hatte. In der Begründung des Urteils heißt es, daß nach Beendigung der liberalen Epoche der Betriebsführung zur Aufrechterhaltung der Sauberkeit im Betrieb und zur Verhinderung einer dem Betriebsführer bekannten, ungesetzlichen Ausnützung einer sozialen Einrichtung verpflichtet sei.

Die Rechtspflichten des Arbeitnehmers beschränken sich auf Arbeitszeit und Arbeitsstelle³⁷⁹⁾. Insoweit trifft aber auch ihn eine Pflicht, die Vermögensinteressen des Arbeitgebers wahrzunehmen. So begeht der Arbeitnehmer, der an seiner Arbeitsstelle während der Arbeitszeit Diebstähle duldet, Diebstahlsbeihilfe durch Unterlassen³⁸⁰⁾. Strafbar ist aber nicht, wer von einem ihm bekannt gewordenen Plan von Verbrechen, in die Fabrik einzubrechen, dem Arbeitgeber nicht Nachricht gibt, sofern seine vertragliche Pflicht nicht gerade darin bestehen sollte, für die Sicherheit der Fabrik zu sorgen³⁸¹⁾. Bricht während der Arbeitszeit im Betrieb und zwar in nächster Nähe des Arbeitsplatzes ein Brand aus, so hat der Arbeiter die Pflicht, zu löschen. Bemerkt er aber bei seinem Sonntagsnachmittagspaziergang, der ihn zufällig in die Nähe seiner Fabrik führt, daß diese brennt, so ist er rechtlich nicht etwa deshalb zum Löschen verpflichtet, weil er zufällig in einem Arbeitsverhältnis zum Fabrikeigentümer steht³⁸²⁾.

γ. Rechtspflichten aus geschäftlichen Beziehungen.

Rechtsprechung³⁸³⁾ und Literatur³⁸⁴⁾ haben sich mit zahlreichen Betrugsfällen beschäftigen müssen, in denen die Täter die ihnen auf Grund ihrer mit den Geschädigten bestehenden geschäftlichen Beziehungen obliegende Rechtspflicht, das Vermögen der Geschädigten zu schützen, verletzt haben. Fürsorgepflichten für fremdes Vermögen ergeben sich etwa aus den nachfolgenden Verhaltensweisen: Bei Sukzessivlieferungsverträgen klärt, nachdem der Vertrag schon eine zeitlang von beiden Seiten erfüllt wird, der eine Teil den anderen vorleistungspflichtigen Partner nicht darüber auf, daß er keine Geldmittel mehr hat, die von dem anderen Teil vertragsgemäß noch zu bewirkende Leistung zu bezahlen³⁸⁵⁾; der

³⁷⁹⁾ Vgl. BGHSt 5/187 ff. (1953).

³⁸⁰⁾ Vgl. BGHSt 5/187 ff. (1953).

³⁸¹⁾ Wie es z. B. in RGSt 11/153 (1884) der Fall war. Hier war der Hofwächter wegen Diebstahlsbeihilfe bestraft worden, der den Getreidediebstahl der Knechte weder verhindert noch angezeigt hatte.

³⁸²⁾ Anders Dahm, ZStW 59/177. Gegen ihn Schlosky, DStR 1940/134; vermittelnd Sauer, GS 114/310, (Alle 1940).

³⁸³⁾ RGSt 59/299 ff. (1925), 65/211 ff. (1931), in DJ 1936/330 (1934), 69/283 ff. (1935), 70/47 (1935), 73/393 ff. = DR 1940/319 (1939); BGHSt 6/198 (1954) und in MDR 1954/692, 693.

³⁸⁴⁾ v. Cleric, Betrug verübt durch Schweigen, 1918, S. 82 ff.; Olshausen, 1927, Anm. 14 zu § 263; Frank, 1931, Anm. II, 3a zu § 263; Wachinger, Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts über Kreditbetrug, GS 102/376 ff. (1933); Hartung, Betrug durch Schweigen nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts, DJ 1936/330 ff.; Busch, Betrug durch Verschweigen, Leipz. Rechtswissenschaftl. Studien, Heft 91, S. 14 ff. (1936); Burchardt, Täuschung und Rechtswidrigkeit beim Kreditbetrug, 1937, S. 18 ff.; Roeder, Zur Lehre vom „Negativen Betrug“, DStR 1940/9 ff.; Niethammer, 1950, S. 266; Würtenberger, Betrug durch Schweigen im Kunsthandel, NJW 1951/176 ff.; Mezger, Studienbuch, Bes. Teil, 1954, S. 167; Maurach, Bes. Teil, 1954, S. 241; Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 265; Nagler in LK, 1954, Anm. II, 1 B c zu § 263; Schönke-Schröder, 1954, Anm. IV, 5 zu § 263; Sauer, Bes. Teil, 1954, S. 79, und Allgemeine Strafrechtslehre, 1955, S. 94.

³⁸⁵⁾ RG in JW 1934/1052 (1934), mit zustimmender Anmerkung von Mezger: A hat mit B Lieferung von Spargeln vereinbart. Während der laufenden Lieferungen erkennt A, daß er zur Bezahlung der noch ausstehenden Spargelsendungen nicht in der Lage ist. In diesem Augenblick ist er verpflichtet, den B auf diesen Sachverhalt hinzuweisen. Ebenso liegen die Dinge bei langfristigen Bauarbeiten: BGHSt 6/198 (1954) und bei anderen Verträgen: BGH in MDR 1954/692, 693. In allen diesen Fällen ist eine Rechtspflicht zur Offenbarung der veränderten Vermögensverhältnisse auch aus vorangegangenen Tun gegeben. Hier hat der Vertragspartner die Gefahr für das Vermögen des Anderen insofern übernommen, als dieser dadurch geschädigt werden kann, daß Veränderungen in seinen Verhältnissen eintreten, bei deren Vorliegen der Partner Geschäftsbeziehungen dieser Art gar nicht eingegangen wäre. In diese Gruppe gehören auch die Fälle der Unterstützungsempfänger, die der auszuhaltenden Stelle verheimlichen, daß inzwischen der Unterstützungsgrund weggefallen ist. In RGSt 65/211 ff. (1931) hat das RG eine Rechtspflicht zur Aufklärung abgelehnt. Diese Entscheidung ist gewiß unrichtig. Richtig dagegen ist die Entscheidung des RG in RGSt 73/393 ff. (1939), wonach der Unterstützungsempfänger, der nicht mehr hilfsbedürftig ist, zur Meldung dieses Sachverhalts an die Fürsorgestelle verpflichtet ist. Ebenso OLG Düsseldorf in DRiZ 1934, Nr. 686, und Olshausen, 1927, Anm. 14 zu § 263. Zustimmend auch Sauer, Bes. Teil, 1954, S. 79, und Roeder, DStR 1940/16, der mit Recht darauf hinweist, daß es sich hier um Fälle des Unterlassens und nicht, wie Dahm, ZStW 59/160 (1940), annimmt, des Tuns handelt. Vgl. auch Anmerkung 53 (Seite 19).

Kreditnehmer läßt sich Kredit gewähren, obwohl er bemerkt, daß der Kreditgeber ersichtlich von falschen Voraussetzungen ausgeht, indem er die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers zu günstig beurteilt³⁸⁶); der kunstsachverständige Antiquitätenhändler läßt den Käufer darüber im Unklaren, daß der gekaufte Gegenstand eine wertlose Fälschung ist, und nimmt den freiwillig angebotenen, unangemessen hohen Preis an³⁸⁷).

In diesen und zahlreichen anderen Fällen ist, damit eine Rechtspflicht zur Abwendung von Vermögensschäden angenommen werden darf, immer danach zu fragen, ob eine Partei nach dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Sinn des Vertrages die Verantwortung dafür übernommen hat, daß das Vermögen des anderen nicht geschädigt werde. Das muß in all den Fällen angenommen werden, in denen die eine Partei sachkundig ist und die andere Vertragspartei sich üblicherweise darauf verlassen kann, daß der Sachkundige die Sachkunde des anderen nicht ausnützt³⁸⁸). Das gilt z. B. auch im Verkehr des Privatmanns mit Banken³⁸⁹), des Laien mit dem kunstsachverständigen Antiquitätenhändler³⁹⁰), des Kunden mit denjenigen Geschäftsleuten, deren Geschäft eine gewisse Sachkunde erfordert³⁹¹). Eine solche Rechtspflicht ist ferner unter Mitgesellschaftern³⁹²) und Mitgeschäftsführern anzunehmen. Es können schließlich langjährige vertrauensvolle Geschäftsbeziehungen dazu geführt haben, daß sich ein Vertragspartner in für den anderen Teil erkennbarer Weise stärker auf dessen kulante Bedienung verläßt, als es der durchschnittliche Geschäftspartner tut. In der Ausnützung dieser Situation zum Nachteil des vertrauensvollen Geschäftsfreundes wäre demnach Betrug durch Unterlassen auch dann zu erblicken, wenn eine Rechtspflicht zur Abwendung von Vermögensschäden dem gewöhnlichen Kunden gegenüber in einem solchen Fall nicht bestünde³⁹³).

Eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus freiwilliger Übernahme — so läßt sich das bisher zu dieser Frage Ausgeführte vielleicht abschließend zusammenfassen — liegt immer dann vor, wenn der Vertrag oder die Vereinbarung objektiv geeignet ist, die Aufmerksamkeit des Trägers des Rechtsguts, des aus

³⁸⁶) RGSt 66/56 ff (1931): Auch gegenüber dem Bürgen besteht für den Schuldner nach Treu und Glauben eine Verpflichtung, seine Vermögensverhältnisse wahrheitsgemäß anzugeben.

³⁸⁷) Würtemberger, NJW 1951/178.

³⁸⁸) RGSt 59/299 ff (1925): A sieht, wie seine Angestellten Mängel an der Ware durch Einpacken verdecken, er beanstandet weder die unrichtigen Ladepapiere noch verhindert er den Verkauf dieser Ware. Wenn er den Käufer nicht aufklärt, macht er sich des Betruges durch Unterlassen schuldig.

³⁸⁹) RGSt 70/46, 47 (1935): „Bankgeschäft ist in ganz besonderem Maße Vertrauensgeschäft; mehr als im sonstigen geschäftlichen Leben ist im Bankgeschäft der Kunde von seinem Geschäftspartner, der Bank, abhängig; in den schwierigen, verwickelten und für den Außenstehenden schwer übersehbaren Verhältnissen des Geld- und Wertpapierhandels ist der Kunde darauf angewiesen, daß die Bank nicht nur ihre eigenen, sondern auch die Belange des Kunden berücksichtigt, daß sie ihn nach bestem Wissen berät und ihn insbesondere da aufklärt, wo es nötig ist, ihn vor Schäden zu bewahren“. Zustimmend Hartung in DJ 1936/331.

³⁹⁰) Das betont mit Recht Nagler in LK, 1954, Anm. II, 1 B, c, δ , $\gamma\gamma$, zu $\S$ 263.

³⁹¹) Ein Fleischereibetrieb hat wegen eines Fehlers an der Verschlusmaschine Konserven nicht so haltbar hergestellt wie üblich. Zur Offenbarung dieses Mangels war der Betriebsleiter verpflichtet: RG in DJ 1936/330 (1934). Unrichtig dagegen m. E. RGSt 69/283 ff (1935): A hatte tierische Fette aus der Abdeckerei erlangt und an B unter Verschweigung ihrer Herkunft verkauft, obwohl er wußte, daß B Fette aus der Abdeckerei nicht brauchen kann. Das RG hatte hier einen Betrug verneint.

³⁹²) v. Cleric, 1918, S. 157; Niethammer, Bes. Teil, 1950, S. 266; Schönke-Schröder, 1954, Anm. IV, 5 zu $\S$ 263.

³⁹³) Nagler in LK, Anm. II, 1 Bc, δ , aa zu $\S$ 263 (1954).

irgendwelchen Gründen zur Erhaltung des Rechtsguts Verpflichteten oder des ohne Verpflichtung zur Erhaltung des Rechtsguts Bereiten zu verringern³⁹⁴).

2. Das Problem der Rechtspflicht aus Versicherungsverträgen.

Das Reichsgericht hat Versicherungsnehmer von Feuerversicherungen wegen Brandstiftung durch Unterlassen verurteilt, weil sie es verabsäumt hatten, ihre eigene, durch fremde Brandstiftung oder durch Blitzschlag in Brand geratenen, gegen Feuer versicherten Häuser zu löschen³⁹⁵). Diese von der Literatur überwiegend gebilligten Entscheidungen³⁹⁶) sind m. E. unrichtig. Die Versicherung gegen Feuerschaden hat den Zweck, den Geschädigten vor dem Ruin zu retten, wenn ein Feuerunglück eintritt. Sie hat nicht den Zweck, den Versicherungsnehmer, die Versicherung oder gar die Allgemeinheit vor Bränden zu schützen. Nach § 162 BGB verstößt es gegen Treu und Glauben, wenn ein Vertragspartner zu seinem Vorteil den Eintritt einer Bedingung selbst herbeiführt. Wäre aus diesem Grunde oder kraft besonderer Abmachung im Versicherungsvertrag der Versicherungsnehmer nicht nur verpflichtet, das Gebäude nicht selbst anzustecken, sondern auch nach Möglichkeit den ohne sein Verschulden entstandenen Brand zu löschen — in Anwendung des Rechtsgedankens des § 254 BGB —, dann läge ihm diese Verpflichtung doch ausschließlich der Versicherung gegenüber ob. Weder wird durch die Prämienzahlung die Gefahr eines Brandes erhöht, noch werden dadurch andere, zur Brandabwehr verpflichtete Personen verleitet, ihre Aufsichtspflicht zu vernachlässigen. Der Allgemeinheit gegenüber entsteht somit durch Abschluß einer Feuerversicherung keine Rechtspflicht, den Brand zu bekämpfen oder eine Brandstiftung zu verhindern³⁹⁷). Daher ist eine Bestrafung aus §§ 306 ff unmöglich. Es käme allenfalls eine Bestrafung wegen Versicherungsbetruges in Betracht³⁹⁸). Niemals kann es aber allein zur Bestrafung nach einem zum Schutz der allgemeinen Sicherheit erlassenen Gesetz führen, wenn es jemand seiner Rechtspflicht zuwider unterläßt, eine ihm aus einem Versicherungsvertrag obliegende Pflicht zu erfüllen³⁹⁹).

³⁹⁴) Richtig Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 265, der eine allgemeine Offenbarungspflicht aus Treu und Glauben (außerhalb besonderer Vertrauensverhältnisse) nicht anerkennt; sie sei eine individualethische Überspitzung und sozialethisch gefährlich, da sie den Verschlafenen prämiere. Gründlich Nagler in LK, 1954, Anm. II, 1 Bc zu § 263, der freilich auf die „Deutsche Volksmoral“ abstellt. Vogt, ZStW 63/402 (1951) hält die soziale Beziehung der Partner für ausschlaggebend.

³⁹⁵) RGSt 64/273, vor allem 277 (1930); RG in HRR 1934, Nr. 1172 und RGSt 71/193 ff (1937). Das letztgenannte Urteil erstreckt diese Verpflichtung sogar auf den, zu dessen Gunsten der Versicherungsvertrag abgeschlossen ist!

³⁹⁶) Zustimmend Maurach, 1954, Bes. Teil, S. 411, und Rohde in LK, 1954, Anm. 11 zu § 306. Nagler und Mezger halten diese Entscheidungen indessen mit Recht für „bedenklich“: LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B I, 3c.

³⁹⁷) H. Mayer, 1953, S. 153, entnimmt eine Rechtspflicht zum Löschen aus der Tatsache des Wohnens in dem in Brand gesteckten Hause. Eine solche, dem Unterlassenden der Allgemeinheit gegenüber obliegende Pflicht könnte sich allenfalls aus dem Wohnrecht ergeben. Ich halte das aber für zu weitgehend. Wer jedoch schon um jeden Preis den Hausbewohner, der nicht löscht, zum Brandstifter durch Unterlassen stempeln will, muß den von H. Mayer angedeuteten Weg gehen und sich auf den Standpunkt stellen, daß jedenfalls der Inhaber des Wohnrechts im Sinne des Grundgesetzes und der Strafprozeßordnung ein kraft dieses Rechts der Allgemeinheit verpflichteter Hüter des Hauses und der aus ihm drohenden Gefahren sei.

³⁹⁸) So Nagler und Mezger in LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B I, 3c und BGH in NJW 1951/204 (1950). Dabei wäre dann auf die Problematik des merkwürdig aufgebauten § 265 einzugehen. Der objektive Tatbestand dieses Deliktes, das Inbrandsetzen einer versicherten Sache, ist in der Regel rechtmäßig, da der Eigentümer mit seinen Sachen machen kann, was er will. Das die Rechtswidrigkeit begründende Merkmal ist die betrügerische Absicht. Wer seine versicherte Sache abbrennen läßt ohne die Absicht, dafür eine Versicherungssumme zu verlangen, handelt mithin nicht rechtswidrig.

³⁹⁹) Siehe hierzu die oben S. 60/61 gemachten Ausführungen, wonach eine Bestrafung desjenigen aus § 306 unzulässig ist, der es einer seinem Ehegatten gegenüber obliegenden Rechtspflicht zuwider unterläßt, ein Haus zu löschen.

Wen es wundert, daß das Reichsgericht die angeführten Fälle unrichtig entschieden hat, muß dabei dem Umstand Rechnung tragen, daß dem Gericht nie die abstrakte Rechtsfrage gestellt war, sondern daß ihm konkrete Sachverhalte aus dem Leben zur Entscheidung vorlagen, bei denen — wie übrigens auch in den Fällen, in denen das RG mit sehr bedenklicher Begründung Meinheitsbeihilfe durch Unterlassen angenommen hat — davon ausgegangen werden konnte, daß der Unterlassungstäter oder -helfer mit großer Wahrscheinlichkeit einen aktiven Tatbeitrag geleistet hat. Es fehlte zwar in der Regel der volle Beweis für sein Tun, doch stand soviel fest, daß, wenn er vielleicht auch nicht selbst gehandelt hatte, er doch jedenfalls die Brandstiftung bewußt zugelassen hatte und sie auch hätte verhindern können⁴⁰⁰). Es ist deshalb zwar dogmatisch nicht einwandfrei begründet, aber jedenfalls psychologisch verständlich, daß das Gericht, das nach gewissenhafter Prüfung ein positives Tun nicht für voll erwiesen hielt, um doch zu der sicher verdienten Strafe zu kommen, die bedenkliche Hilfskonstruktion der Rechtspflicht aus dem Versicherungsvertrag verwendete⁴⁰¹).

3. Die Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun.

a) Die Quellen dieser Rechtspflicht.

Als letzte Gruppe der Erfolgsabwendungspflichten bleibt die Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun zu untersuchen. Nur Dahm sieht die Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun als einen zwar praktikablen, aber primitiven Gesichtspunkt, der hinter dem Treuegedanken zurücktreten solle, an⁴⁰²), in Rechtsprechung und herrschender Lehre ist dagegen auch die dogmatische Berechtigung dieser Erfolgsabwendungspflicht unbestritten⁴⁰³). Und das zu Recht; denn die Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun beruht wie die Erfolgsabwendungspflicht aus der Rechtsordnung und aus freiwilliger Übernahme darauf, daß so, wie dort die Allgemeinheit, der Träger des Rechtsguts oder andere Verpflichtete auf den Unterlassenden wegen seiner Stellung oder seiner freiwilligen Verpflichtung vertrauen durften, hier die Allgemeinheit darauf vertraut, daß derjenige, der durch sein Verhalten eine Gefahr geschaffen hat, den Eintritt eines Schadens verhindert. Während bei den Rechtspflichten aus Gesetz und Vertrag die Übernahme der Sorge für das Rechtsgut die Gefahr begründet, entsteht die Gefahr hier durch die Vorhandlung. Daß der Täter der Vorhandlung eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung hat, ergibt sich aus der ihm von der Rechtsgemeinschaft gegebenen Möglichkeit und Erlaubnis, seine Persönlichkeit frei zu entfalten⁴⁰⁴), das heißt also, zu tun, was nicht ausdrücklich untersagt ist. Der Gesetzgeber hat nicht jedes Verhalten, das Dritte gefährden könnte, verboten. Daraus folgt aber für denjenigen, der eine Dritte gefährdende unverbundene Hand-

⁴⁰⁰) Besonders deutlich zeigt sich das in RGSt 71/193 (1937).

⁴⁰¹) Es nimmt wunder, daß ein sonst so kritischer Autor wie H. Mayer (1953, S. 117) die unrichtigen Entscheidungen anerkennt und darüber hinaus auch der Ansicht ist, daß wohl nicht jeder, aber doch der eine oder andere Brandversicherte wegen fahrlässiger Brandstiftung bestraft werden könne, wenn er nicht die erforderlichen Löschgeräte bereitstelle und deswegen ein zufällig bei ihm entstandener Brand nicht gelöscht werden könne.

⁴⁰²) Dahm, Bemerkungen zum Unterlassungsproblem, ZStW 59/178 (1940).

⁴⁰³) In der Rechtsprechung anerkannt seit 1884 (RGSt 10/391); auch in der Lehre heute unbestritten: Meyer-Allfeld, 1922, S. 116; Beling, Grundzüge, 1930, S. 38; v. Hippel, Lehrbuch, 1932, S. 101; Schaffstein, Festgabe für Graf Gleispach, 1936, S. 113; Mühlmann-Bommel, 1949, Anm. 3 d 2 zu § 1; Kohlrausch-Lange, 1950, S. 5; Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 154; Maurach, Allg. Teil, 1954, S. 243; Nagler und Mezger in LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B I, 3a; Schöneke-Schröder, 1954, Vorbem. VII, 1 d; Mezger, Studienbuch, Allg. Teil, 1955, S. 74.

⁴⁰⁴) Artikel 2 Grundgesetz.

lung vornimmt, zugleich die Pflicht, mögliche Schädigungen zu verhindern. Diese Pflicht trifft jeden, der durch sein Verhalten eine ein fremdes Rechtsgut gefährdende Situation schafft. Dabei ist es gleichgültig, ob das Vorverhalten rechtmäßig⁴⁰⁵⁾ rechtswidrig⁴⁰⁶⁾, vorsätzlich⁴⁰⁷⁾, fahrlässig⁴⁰⁸⁾ oder schuldlos⁴⁰⁹⁾ ist. Einige wollen die Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun auf rechtswidrige Vorhandlungen beschränken⁴¹⁰⁾. Wer einen Dieb in Notwehr niederschleßt, sei nicht verpflichtet, sich um den Verletzten zu kümmern und etwa seinen Tod abzuwenden⁴¹¹⁾. Das ist unrichtig; denn gerade die rechtmäßigen, gefahr begründenden Vorhandlungen, gegen die es keinen Schutz gibt — die rechtswidrigen sind ja, wenn schon nicht immer strafbar, so doch verboten — müssen in einem Staat mit freiheitlicher Verfassung eine Rechtspflicht des Verursachers zur Abwendung der aus seiner Handlung typischerweise drohenden Gefahr begründen. Das ist auch im Ergebnis die Ansicht der Rechtsprechung⁴¹²⁾ und der Mehrheit der Schriftsteller⁴¹³⁾.

Die Vorhandlung begründet eine Erfolgsabwendungspflicht nur dann, wenn sie im konkreten Fall den Eintritt des Erfolges herbeigeführt hat und obendrein zu der Herbeiführung gerade dieses Erfolges generell geeignet war⁴¹⁴⁾. Auch in diesem Punkt unterscheidet sich die Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun nicht von den anderen Rechtspflichten. Jeweils muß nämlich die Vorhandlung, die Übernahme oder die kraft Rechtsordnung eingenommene Stellung generell geeignet sein, das Rechtsgut direkt oder indirekt zu gefährden.

b) Die wichtigsten Anwendungsfälle der aus vorangegangenem Tun herzeuleitenden Rechtspflichten.

Die Entscheidungen, in denen Gerichte die Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun hergeleitet haben, betreffen im wesentlichen Tötungs- und Körperverletzungsdelikte, Betrug und Meineidsbeihilfe⁴¹⁵⁾. Es erscheint angebracht, die bei den drei Fallgruppen entstehenden Probleme gesondert an Hand der wichtigsten Entscheidungen darzulegen.

α. Die Anwendung der Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun bei den Tötungs- und Körperverletzungsdelikten.

Das einzige Problem, das in diesen Fällen auftritt, ist die Frage, wann ein vorangegangenes Tun geeignet ist, eine Gefahr herbeizuführen oder zu erhöhen. Das soll an Hand einiger Entscheidungen verdeutlicht werden.

Der BGH hatte folgenden Fall zu entscheiden⁴¹⁶⁾: Der betrunkene Radfahrer R stürzt auf der Straße vom Rade. Ein kurz darauf vorbeifahrender PKW-Fahrer

⁴⁰⁵⁾ BGHSt 4/20 ff (1953).

⁴⁰⁶⁾ OGHSt 1/357 ff, bes. S. 359, (1949).

⁴⁰⁷⁾ OGHSt 1/357 ff (1949).

⁴⁰⁸⁾ RGSt 60/77 (1926) und RG in HRR 1935, Nr. 471 (1934).

⁴⁰⁹⁾ OLG München in JW 1935/2984.

⁴¹⁰⁾ So Mezger, Lehrbuch, 1933, S. 147, der zu Unrecht die Rechtspflicht aus gefahrerhöhender oder gefahr begründender Vorhandlung, falls sie rechtmäßig war, verneint.

⁴¹¹⁾ Schwarz, StGB, 1954, Anm. 3 D vor § 1; Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 154.

⁴¹²⁾ Vgl. BGHSt 4/20 ff (1953).

⁴¹³⁾ Niethammer, Strafbares Unterlassen, ZStW 57/457, 458 (1938); Vogt, Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung, 1951, ZStW 63/403; v. Weber in NJW 1953/1072 und Maurach, Allg. Teil, 1954, S. 243.

⁴¹⁴⁾ Maurach, Allg. Teil, 1954, S. 243.

⁴¹⁵⁾ Von 49 untersuchten Fällen der höchstrichterlichen Rechtsprechung, in denen eine Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun hergeleitet wurde, waren elf Körperverletzungsdelikte und Tötungsdelikte, neun Betrugsfälle, zwölf Urteile über Meineidsbeihilfe durch Unterlassen, sechs Freiheitsberaubungen, drei Urkundenunterdrückungen, zwei Brandstiftungen und sechs andere Fälle.

⁴¹⁶⁾ BGHSt 3/62 ff (1952).

P und seine Frau F bemerken den Verunglückten. Sie halten mit ihrem Wagen, steigen aus und tragen den R von der Fahrbahn in den Straßengraben. Als sie wieder in ihren Wagen einsteigen wollen, fährt der gerade des Weges kommende betrunkene Motorradfahrer M die F an und verletzt sie tödlich. Der BGH hatte in diesem Falle die Frage zu entscheiden, ob das Verhalten des Radfahrers R objektiv geeignet war, den Tod der F herbeizuführen. Der BGH hat diese Frage zu Recht verneinend beantwortet. Es sei zwar durchaus üblich, daß einem Betrunkenen geholfen werde. Es sei auch üblich, daß im Verkehr durch einen Betrunkenen ein Unfall verursacht werde. Die konkrete Verknüpfung zwischen der dem Betrunkenen geleisteten Hilfe und dem eingetretenen Unfall entspreche aber nicht der allgemeinen Lebenserfahrung.

Die Frage, ob ein Verhalten objektiv geeignet ist, eine bestimmte Gefahr herbeizuführen, hat den BGH auch in einem Fall der Erfolgsabwendungspflicht aus vorangegangenen Tun beschäftigt⁴¹⁷⁾. Hier hatte ein Beamter der Bundesbahn angeordnet, daß auf bahneigenem Gelände Schutt abgeladen werden sollte. Dadurch war ein Weg zerstört worden, den sich dort siedelnde Barackenbewohner — freilich unrechtmäßiger Weise — über das Bahngelände angelegt hatten. Die Barackenbewohner konnten zwar auch einen öffentlichen Weg benützen, der aber keine so kurze Verbindung mit der nächsten Ansiedlung herstellte wie der verschüttete Weg längs des Bahndamms. Sie legten daher gegen das Verbot der Bundesbahn erneut einen Abkürzungsweg über den Schutt an. Dieser Abkürzungsweg war so schlecht, daß ein Kind, das ihn benützte, ausglitt, in ein Loch stürzte und sich tödlich verletzte. Der BGH hatte hier die Frage zu prüfen, ob das vorangegangene Tun des Bahnbeamten generell geeignet war, den Erfolg, den Tod des Kindes, herbeizuführen. Es hat diese Frage m. E. zu Recht verneinend beantwortet. Der Bahnbeamte sei nicht verpflichtet gewesen, zur Erfolgsabwendung tätig zu werden, etwa die Nichtbenutzung dieses Weges durch Bewachung zu erzwingen oder die gefährlichen Stellen zu beseitigen.

In einem anderen Urteil, das sich mit der Frage zu beschäftigen hatte, wann ein Verhalten geeignet ist, eine Gefahr zu begründen, hat der BGH festgestellt, daß der Kreisleiter, der anlässlich der Judenpogrome eine antisemitische Veranstaltung einberief und anschließend daran, ohne selbst aktiv teilzunehmen, Ausschreitungen gegen Juden geschehen ließ, die Rechtspflicht gehabt habe, Gewalttaten gegen die jüdischen Mitbürger zu verhindern. Die vorausgegangenen groben antisemitischen Schmähungen hätten hier die Gefahr geschaffen, daß anschließend Gewalttaten gegen jüdische Mitbürger begangen würden⁴¹⁸⁾. Das Verhalten des Kreisleiters war gewiß adaequat für den Eintritt der Gefahr späterer Gewalttaten.

Während das Weinausschenken oder das animierende Zechen mit einem Kraftfahrer stets die Gefahr entstehen läßt, daß dieser später betrunken am Verkehr teilnimmt, was für den Wirt oder Zechfreund die Verpflichtung bedeutet, den Trinker an der Teilnahme am Verkehr zu hindern⁴¹⁹⁾, ist das Zechen mit einem voll verantwortlichen Fußgänger nicht generell geeignet, dazu zu führen, daß der Fußgänger im Vollrausch auf dem Heimweg hinfällt und sich verletzt. Der Mensch ist keine Maschine, sondern ein eigenverantwortliches Wesen. Bei ihm muß, damit die Gefahr begründet werden kann, daß er sich

⁴¹⁷⁾ BGHSt 3/203 ff (1952).

⁴¹⁸⁾ BGHSt 2/279, bes. 283, (1952); ähnlich bereits OGHSt 2/313 ff, bes. 319, (1949).

⁴¹⁹⁾ BGHSt 4/20 ff (1953) mit zustimmender Anmerkung von v. Weber in NJW 1953/1072.

unrechtmäßig oder unvernünftig verhalten werde, ein Mehr hinzukommen, wie beispielsweise starkes Animieren zum Über-den-Durst-trinken, Verleiten, besonders stark wirkende Alkoholika zu trinken etc.⁴²⁰⁾.

Das RG dürfte mit der Annahme, daß die Ehebrecherin, die dem Mann zu erkennen gibt, sie werde ihn nach dem Tode der Ehefrau heiraten, das Leben der Ehefrau gefährde, zu weit gegangen sein⁴²¹⁾. Wenn die Ehebrecherin erkennt, daß der Mann auf ihre Erklärung hin die Ermordung seiner Frau plant, soll sie nach dem RG eine Erfolgsabwendungspflicht treffen. Ein ehebrecherisches Verhältnis, meine ich aber, schafft in aller Regel keine Gefahr für das Leben des betrogenen Ehegatten. Der Fall muß, wenn man adaequate Gefahr annehmen will, konkret schon ganz besonders gelagert sein. Auch aus der Bemerkung der Ehebrecherin, sie wolle den Mann nach dem Tode der Frau heiraten, darf man m. E. keine Rechtspflicht für sie ableiten, den Mord zu verhindern. Eine derartige Bemerkung begründet üblicherweise nicht die Gefahr, daß der Ehemann seine Frau töten wird.

Ebenso führen auch Zwistigkeiten, Entlassungen und Scheidungen in aller Regel nicht zur Begründung einer Selbstmordgefahr. Wenn freilich im Einzelfall gewichtige Gründe dafür sprechen, daß ein bestimmtes Ereignis einen Selbstmord nach sich ziehen könnte, begründen auch Streit und Zerwürfnisse die Gefahr eines Selbstmordes. Ob die Verletzung einer dann bestehenden Pflicht, den Selbstmord zu verhindern, zur Strafbarkeit wegen Totschlags führt, hängt wieder davon ab, ob es sich um einen echten Selbstmord handelt oder um eine nicht frei verantwortliche Selbsttötung. Nur im letzteren Fall wäre der Tatbestand des Totschlags verwirklicht⁴²²⁾.

In einigen Entscheidungen ist die Verpflichtung zur Erfolgsabwendung zu Recht denen auferlegt worden, die durch eine unwahre Anzeige jemanden ins Gefängnis gebracht hatten⁴²³⁾ oder durch Weitererzählen defaitistischer Äußerungen eines Bekannten die Gefahr begründet hatten, daß der Bekannte dann von anderen Personen angezeigt wurde⁴²⁴⁾. In den zuletzt genannten Fällen ist es freilich schwierig, den Erfolg abzuwenden. Wo das schuldlos nicht möglich ist, tritt eine Bestrafung natürlich nicht ein⁴²⁵⁾.

β. Die Anwendung der Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun bei Betrugsfällen.

Häufig ergeben sich auch Pflichten zur Bewahrung fremden Vermögens vor Schaden durch vorangegangenes Tun, in der Regel in Verbindung mit vertraglichen Verpflichtungen⁴²⁶⁾. Als Beispiele mögen folgende Fälle dienen: Der Hauseigentümer hat aus Schönheitssinn Schwammschäden unkenntlich gemacht. Als er später das Haus verkaufen will und einem Kauflustigen das Haus zeigt, kann dieser die Schwammschäden nicht erkennen. Er kauft das Haus in der irrigen Annahme, es habe keine Schwammschäden. In diesem Fall legt das RG dem Hauseigentümer zu Recht aus vorangegangenem Tun (Überstreichen der

⁴²⁰⁾ Bay. Ob. LG in NJW 1953/556 (1952).

⁴²¹⁾ RGSt 73/52 ff., bes. 57, (1938). Zu weitgehend — hinsichtlich der Pflichten im Straßenverkehr — auch BGHSt 4/360 ff. (1953). Mit Recht einschränkend: Hartung in NJW 1954/41.

⁴²²⁾ Vgl. dazu oben S. 34 ff.

⁴²³⁾ RG in HRR 1935, Nr. 471 (1934).

⁴²⁴⁾ OGHSt 1/379 ff. (1949), 3/65 ff. (1950).

⁴²⁵⁾ So ist der Gefahrbegründer nicht verpflichtet, die Gefahrenlage durch unwahre Aussagen vor Gericht wieder abzuwenden (OGHSt 3/65).

⁴²⁶⁾ Vgl. z. B. BGHSt 6/198 (1954).

Schwammschäden) die Rechtspflicht auf, dem Käufer den Schaden zu offenbaren⁴²⁷). Ein zur Schadensabwehr verpflichtendes vorangegangenes Tun liegt ferner immer dann vor, wenn der Versicherte anlässlich eines Versicherungsfalles versehentlich falsche Angaben gemacht hat und später feststellt, daß er dadurch in den Besitz einer Versicherungssumme gelangt ist, die ihm gar nicht oder doch jedenfalls nicht in dieser Höhe zusteht⁴²⁸). Bei Kreditgeschäften kommt es schließlich vor, daß auf Grund vorangegangener Äußerungen des Kreditnehmers der Kreditgewährung vom Kreditgeber Tatsachen zugrunde gelegt werden, die nicht zutreffen. Auch hier hat der Kreditnehmer aus vorangegangenen schuldlosen oder fahrlässigen Tun die Rechtspflicht, den Kreditgeber aufzuklären⁴²⁹).

γ. Das Problem der Anwendung der Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun auf die Fälle der Meineidsbeihilfe durch Unterlassen.

Besondere Bedeutung hat die Rechtspflichtbegründung aus vorangegangenem Tun erlangt, seit hiermit die Fälle der Meineidsbeihilfe durch Unterlassen gelöst werden. Fälle, bei denen in aller Regel der Verdacht der Anstiftung zum Meineid naheliegt, aber nicht nachgewiesen werden kann⁴³⁰). Zugrunde liegen meistens Ehescheidungsprozesse, in denen der Ehebrecher, vom schuldigen⁴³¹) oder unschuldigen⁴³²) Teil benannt, der Wahrheit zuwider aussagt, er habe keine ehewidrigen Beziehungen zu der Klägerin oder zu der Beklagten unterhalten. Hier ist nun nach der Rechtsprechung des RG und anderer höchster Gerichte diejenige Partei, die die Unwahrheit weiß, verpflichtet, die unwahre Aussage des Zeugen spätestens vor der Eidesleistung richtigzustellen, sofern sie die unwahre Aussage durch Benennen des Zeugen für eine unwahre Klagebehauptung oder Einwendung⁴³³), durch wahrheitswidriges Bestreiten der Klageforderung und dadurch notwendig gewordene Zeugenvernehmung⁴³⁴) oder durch unwahre Behauptungen in Gegenwart des Zeugen im Termin⁴³⁵) mitverursacht hat. Die Entscheidungen wurden zunächst auch auf die Vorschrift des § 138 ZPO gestützt⁴³⁶), das fand aber keine Billigung in der Literatur⁴³⁷). Heute besteht kein

⁴²⁷) RGSt 20/144 (1889). Busch, Betrug durch Verschweigen, 1936, S. 8, hält eine Erfolgsabwehrspflicht hier für zweifelhaft.

⁴²⁸) RGSt 70/225 ff., bes. 227, (1936).

⁴²⁹) RG in DR 1940/73, 74 (1939). Das gilt auch im Kunsthandel, wenn der Altertums Händler Stücke im Schaufenster gutgläubig als echt bezeichnet hat und erst beim Verkauf merkt, daß es sich hier um eine wertlose Kopie handelt: Olshausen, 1927, Anm. 13b zu § 263. Ähnlich Würtenerger in NJW 1951/176.

⁴³⁰) Die erste dieser Entscheidungen stammt aus dem Jahre 1936: RGSt 70/82 ff. Drost, GS 109/39 (1937) hielt in diesem Fall zu Recht Beihilfe durch Tun für gegeben. Der Zeuge hatte, so war der Sachverhalt, der Wahrheit zuwider ausgesagt. Der Rechtsbeistand der Prozeßpartei, die den Zeugen benannt hatte, kannte die Unwahrheit der Aussage. Er machte dem Zeugen keine Vorhaltungen. Der Anwalt der Gegenseite ermahnte den Rechtsbeistand, dem Zeugen Vorhaltungen zu machen. Das wies der Rechtsbeistand schroff zurück. Durch das schroffe Zurückweisen der Ermahnung — ein Tun — hat der Rechtsbeistand den Zeugen psychisch unterstützt, bei seiner unwahren Aussage auch bei der Beeidigung zu bleiben. — Den Verdacht, daß eine „Auswegentscheidung“ vorliege, weil sich Anstiftung oder Beihilfe durch Tun nicht nachweisen lasse, äußert auch Bockelmann in NJW 1954/697 ff. Dem RG stimmt dagegen Sauer, GS 114/313 (1940), und — unter Ablehnung einer Rechtspflichtbegründung aus § 138 ZPO — Bes. Teil, 1954, S. 225 zu.

⁴³¹) RGSt 74/283 ff. (1940); OLG Hamm in HEST 2/242 (1949).

⁴³²) RGSt 74/38 ff. (1940) = DR 1940/637 (dort mit kritischer Anmerkung von Mezger).

⁴³³) Die beiden in Anm. 431) genannten Entscheidungen.

⁴³⁴) RGSt 75/271 ff. (1941).

⁴³⁵) OGHSt 2/161 ff. (1949).

⁴³⁶) RGSt 70/82 ff. (1936). Schon zweifelnd RGSt 72/20 ff. (1937).

⁴³⁷) Schaffstein in JW 1938/578; Erik Wolf in ZAKDR 1938/351, 352; Mezger in DR 1940/637, 638.

Zweifel mehr darüber, daß aus § 138 ZPO eine Rechtspflicht zur Verhinderung falscher Aussagen nicht hergeleitet werden kann⁴³⁸⁾. Das Problem bei diesen Urteilen liegt, was Maurach zuerst erkannt hat⁴³⁹⁾, darin, daß der Zeuge als eigenverantwortliche Person hinzugezogen wird, die Wahrheit zu ermitteln. Richtig sagt Maurach: „Der Zeuge wird nicht in Gefahr gebracht, sondern nur in Versuchung geführt“⁴⁴⁰⁾.

Allein darin, daß ein Zeuge für eine falsche Prozeßbehauptung benannt wird oder daß in Gegenwart eines Zeugen etwas Unwahres gesagt wird, liegt mithin keine adäquate Gefährdung der Rechtsprechung durch Falscheide⁴⁴¹⁾. Jeder Zeuge sieht sich täglich in zahlreichen Verfahren der Situation gegenüber, daß er zum Beweis einer falschen Behauptung einer Partei benannt ist oder daß eine Partei in seiner Gegenwart etwas Unwahres sagt. Die Gefahr, daß der Zeuge einen Meineid schwört, wird dadurch, daß er in eine solche alltägliche, regelmäßig nicht zu Verletzungen der Eidespflicht führende Prozeßlage gerät, nicht begründet. Deshalb sind die Argumente, die Rechtsprechung und Lehre verwenden, um der Kernfrage auszuweichen: im Scheidungsprozeß müßten die Zeugen von amtswegen gehört werden, ihre Vernehmung sei daher von den Parteien nicht veranlaßt⁴⁴²⁾, im Strafverfahren bestehe keine Pflicht zur Selbstbeschuldigung⁴⁴³⁾, und es werde durch die falsche Prozeßbehauptung nicht die Rechtsordnung als Rechtsgutsträger der Meineidsbestimmung, sondern der Zeuge gefährdet⁴⁴⁴⁾, bei aller Anerkennung der mit ihnen erzielten richtigen Ergebnisse nicht entscheidend. Es kommt vielmehr darauf an, ob ein Verhalten vorliegt, das generell geeignet ist, einen Meineid herbeizuführen. Geht man von dieser Überlegung aus, so läßt sich keine der genannten Entscheidungen halten. Manche Gerichte haben zwar versucht, darzutun, daß der Unterlassende die Gefahr heraufbeschworen habe, daß der Zeuge falsch aussagen werde, die Versuche waren aber nie überzeugend⁴⁴⁵⁾. Das RG hat in einem Falle darauf abgestellt, daß der Zeuge der Partei, die ihn für seine unrichtige Behauptung benannt hatte, sexuell hörig sei⁴⁴⁶⁾. Der BGH stellte darauf ab, daß die Aufrechterhaltung intimer Beziehungen während des Ehescheidungsprozesses schon deshalb die Gefahr einer falschen Aussage im Prozeß begründen, weil der Ehebruchszeuge sich der Strafverfolgung und der Schande aussetze, wenn er die Wahrheit sage⁴⁴⁷⁾. Aber auch in den beiden hier aufgeführten Fällen ist die

⁴³⁸⁾ BGHSt 4/327 ff (1953), 6/322 ff (1954) und die gesamte Literatur.

⁴³⁹⁾ Maurach, Beihilfe zum Meineid durch Unterlassen, DStR 1944/1 ff; Zur neueren Judikatur über Meineidsbeihilfe durch Unterlassen, SJZ 1949/541 ff; vgl. auch Maurach, Allg. Teil, 1954, S. 244, und Bes. Teil, 1953, S. 520.

⁴⁴⁰⁾ Maurach, Beihilfe zum Meineid durch Unterlassen, DStR 1944/1 ff.

⁴⁴¹⁾ Maurach wie in Anm. 439); Lay in JZ 1954/166; Bockelmann, Zum Problem der Meineidsbeihilfe durch Unterlassen, NJW 1954/697 ff. — Daß aus der Zeugenbenennung noch keine Gefahr erwächst, daß der Zeuge einen Meineid schwören wird, erkennt auch der BGH in BGHSt 2/129 ff (1951), in NJW 1953/1400 und BGHSt 4/327 ff (1954) an. Vgl. aber die anderslautenden Entscheidungen: BGHSt 3/18 ff (1951) und 4/217 ff (1953).

⁴⁴²⁾ So zieht sich das LG Göttingen in NJW 1954/731 (1953) aus der Affaire. In dem Urteil heißt es aber auch zutreffend: „Aber es ist überhaupt nicht einzusehen, daß — wenn nicht besondere Umstände vorliegen — der eigenverantwortliche Zeuge durch die Partei als Garant kontrolliert werden muß“.

⁴⁴³⁾ Obwohl das natürlich richtig ist: Kohlrausch-Lange, 1950, Anm. III, 2 zu § 49. Anlaß zu dieser Feststellung gab die Entscheidung des RG in DR 1943/748, in der eine Erfolgsabwendungspflicht des Angeklagten im Strafprozeß bezüglich falscher Zeugenaussagen aufgestellt wurde.

⁴⁴⁴⁾ Bockelmann in NJW 1954/700.

⁴⁴⁵⁾ RGSt 72/20 ff (1937); OLG Hamm, HEst 2.242 (1949); BGHSt 3/18 ff (1951).

⁴⁴⁶⁾ RGSt 72/20 ff (1937).

⁴⁴⁷⁾ BGHSt 2/129 ff (1951).

Eigenverantwortlichkeit des Zeugen m. E. nicht soweit beeinträchtigt gewesen, daß eine Gefahr für eine Falschaussage bestanden hätte. Diskutabel erscheint mir das nur in dem vom OLG Hamm entschiedenen Fall, in welchem der Angeklagte eine Zeugin für eine unwahre Behauptung benannt und dieser zuvor mitgeteilt hatte, daß, wenn sie nicht für ihn günstig, also unwahr, aussage, es sich nicht werde vermeiden lassen, daß auch ihr Ehemann wegen einer Straftat zur Verantwortung gezogen werde. Damit war in der Tat durch die Verhandlung eine adaequate Gefahr für das Schwören eines Meineides geschaffen⁴⁴⁸). Das Problem läßt sich indessen in diesem Falle, wie auch in jenem, in welchem vor der Verhandlung eine Partei zum Zeugen sagte, wenn er schon vor dem Amtsgericht falsch ausgesagt habe, werde er klugerweise auch vor dem Landgericht unrichtig aussagen⁴⁴⁹), dadurch lösen, daß man die in Wahrheit vorliegende aktive Verleitung oder Beihilfe zum Meineid zur Grundlage der Entscheidung macht, so daß es gar nicht notwendig ist, eine Beihilfe durch Unterlassen zu konstruieren. Im übrigen bleibt festzuhalten, daß die Benennung eines Zeugen für eine unwahre Behauptung im Prozeß, die Bestätigung einer unwahren Zeugenaussage vor der Beidigung des Zeugen und die Zustimmung zur Vernehmung eines Zeugen, der von der Gegenseite zur Widerlegung einer eigenen wahrheitswidrigen Behauptung genannt wurde, keine Erfolgsabwendungspflicht begründen können, weil eine Gefahr für die Eidesverletzung damit in der Regel nicht begründet wird⁴⁵⁰). Darüber hinaus erscheinen mir auch die Tatsache des vorherigen Ehebruchs oder des ehewidrigen Verhaltens zwischen Partei und Zeugen oder sonstige persönliche Beziehungen generell nicht geeignet, eine Gefahr der Eidesverletzung herbeizuführen. Der Ehebruchszeuge hat das Recht zur Aussageverweigerung. Daß ihm aus dem Gebrauch dieses Rechtes Unannehmlichkeiten entstehen können, insbesondere im Verhältnis zu der Partei, zu deren Ungunsten sich die Aussageverweigerung auswirkt, kann nicht die Gefahr begründen, daß der Zeuge sich durch das Beschwören der Unwahrheit einer Zuchthausstrafe aussetzt⁴⁵¹). Nur da, wo — ähnlich dem erzwungenen oder unfreien Selbstmord — die Eigenverantwortlichkeit des Zeugen durch das Vorverhalten einer Prozeßpartei weitgehend ausgeschaltet ist, der Zeuge in absoluter Abhängigkeit lebt oder bedroht worden ist, kann sich für die Prozeßpartei — und zwar in jedem Verfahren — die Rechtspflicht ergeben, den Meineid durch Bekennen der Wahrheit oder auf sonstige Weise, etwa durch Beeinflussung des Zeugen, die Wahrheit zu sagen, abzuwenden. Wenn ein Fall so gelagert ist, daß der Zeuge bedroht oder durch Geschenke bestimmt worden ist, der einen Partei zu helfen, wird freilich in der Regel sogar positive Verleitung oder Beihilfe zum Meineid durch Tun vorliegen.

⁴⁴⁸) OLG Hamm in HEST 2/242 ff (1949). Maurach, SJZ 1949 544, 545, greift diese Entscheidung, soweit sie dem Angeklagten eine Erfolgsabwendungspflicht auf Grund des Gebrauchs seiner gesetzlichen Verteidigungsmittel (Zeugenbenennung, wahrheitswidriges Leugnen etc.) auferlegt, zu Recht an.

⁴⁴⁹) RGSt 72/20 ff (1937).

⁴⁵⁰) BGHSt 2/129 ff (1951), 4/327 ff (1953), 6/322 (1954) und in NJW 1953/1400; LG Essen in NJW 1952/116; Maurach wie Anm. 439, S. 88; Bockelmann in NJW 1954/697 ff; Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 154; Mezger in LK, 1954, Anm. 5 zu § 154; Schönke-Schröder, 1954, Anm. VII zu § 154. Daß auch hier eine Gefahr für die Eidesverletzung begründet werde und mithin wegen Meineidsbeihilfe durch Unterlassen bestraft werden müsse, nehmen Meister in MDR 1948/92; Mühlmann-Bommel, 1949, Anm. 7 zu § 154 und Schwarz, 1954, Anm. 3 F zu § 154; ferner auch der BGH in BGHSt 4/217 ff (1953) an.

⁴⁵¹) Ebenso vor allem Maurach, wie Anm. 439, S. 88.

II. Versuch, einen allgemeinen Grundsatz zu formulieren, nach dem zu entscheiden ist, ob die Tatbestandsverwirklichung durch Unterlassen im Einzelfall rechtswidrig ist oder nicht

1. Kritik der bisherigen Versuche.

Die Rechtsprechung⁴⁵²⁾ und mehrere Vertreter der Wissenschaft⁴⁵³⁾ haben über die einzelnen Fälle der Erfolgsabwendungspflicht (aus Gesetz, aus Vertrag und aus vorangegangenen Tun) hinaus, einen allgemein verbindlichen Grundsatz, nach dem im Einzelfall die Verletzung der Rechtspflicht festgestellt werden könnte, nicht aufgestellt. Diese Zurückhaltung erklärt sich, soweit es sich um Gerichte handelt, aus deren Aufgabe, den Einzelfall zu entscheiden. Zu Erörterungen allgemeiner wissenschaftlicher Natur bieten die Urteile in der Regel keinen Anlaß. Daß aber auch die Vertreter der Theorie, die sich mit dem Problem der unechten Unterlassungsdelikte und der Rechtspflicht zum Handeln näher beschäftigt haben, nicht dazu gekommen sind, einen Grundsatz zu entwickeln, der einen generellen Entscheidungsmaßstab für alle unechten Unterlassungsdelikte enthält, liegt vermutlich daran, daß sie es nicht für möglich hielten, einen solchen Grundsatz aufzustellen. So beschränkt sich Welzel, der zu Recht auf dem Standpunkt steht, daß die Erfolgsabwendungspflicht aus der gesamten Rechtsordnung, sowohl dem gesetzten wie dem ungesetzten Recht zu entnehmen ist, auf die Feststellung, daß die Charakterisierung der Erfolgsabwendungspflicht im ganzen schwierig sei⁴⁵⁴⁾. Seine vorsichtige Bezugnahme auf den Garantengedanken zeigt deutlich, daß er in ihm nicht die endgültige Lösung unseres Problems sieht⁴⁵⁵⁾.

Einigkeit besteht bei den Rechtslehrern, die keinen allgemeinen Grundsatz aufgestellt haben, allerdings darüber, daß die Erfolgsabwendungspflicht eine Rechtspflicht sein muß, daß daher die Nichterfüllung einer moralischen Pflicht strafrechtlich bedeutungslos ist⁴⁵⁶⁾. Wann eine Erfolgsabwendungspflicht aber eine Rechtspflicht und wann nur eine sittliche Pflicht ist, wird nicht besonders ausgeführt. Bohne z. B. bezeichnet die Pflicht des unehelichen Vaters, für sein Kind zu sorgen, als eine sittliche Pflicht⁴⁵⁷⁾. Welzel dagegen zweifelt nicht daran, daß es sich bei dieser Pflicht um eine rechtliche Verpflichtung handele⁴⁵⁸⁾. Die Pflicht der Großmutter, die Tötung des Enkels zu verhindern, wird teilweise als sittliche⁴⁵⁹⁾, teilweise als rechtliche Pflicht⁴⁶⁰⁾ angesehen. Ein allgemein gültiger Gesichtspunkt, der einen Maßstab dafür böte, welche Pflichten Rechtspflichten und welche Pflichten sittliche Pflichten sind, wird dabei weder aufgestellt, noch ergibt er sich implicite aus den jeweils vorgetragenen Argumenten.

⁴⁵²⁾ Vgl. z. B. RGSt 63/392 ff (1930) und für den BGH die von Jeschek in GA 1954/327 gegebene Übersicht.

⁴⁵³⁾ M. E. Mayer, 1923, S. 191/192; Frank, 1931, Anm. IV, 2 zu § 1; Wegner, 1951, S. 113.

⁴⁵⁴⁾ Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 153.

⁴⁵⁵⁾ Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 153, 154.

⁴⁵⁶⁾ Frank, 1931, Anm. IV, 2 zu § 1; Bohne in JW 1932/2720; Graf zu Dohna, 1936, S. 29; v. Weber, 1948, S. 58; Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 153; Schönke-Schröder, 1954, Vorbem. VII vor § 1.

⁴⁵⁷⁾ Bohne in JW 1932/2720.

⁴⁵⁸⁾ Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 153, 154.

⁴⁵⁹⁾ H. Mayer, SJZ 1947, Sp. 15, und Lehrbuch, 1953, S. 153.

⁴⁶⁰⁾ Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 154.

Die „Ineinssetzung von Recht und Moral“ im nationalsozialistischen Staat⁴⁶¹⁾ hat diese Schwierigkeit naheliegender Weise nicht zu überbrücken vermocht. Ein naiver Betrachter hätte zwar nunmehr zu der Überzeugung gelangen können, es seien alle sittlichen Pflichten zu Rechtspflichten geworden. Davon konnte aber keine Rede sein. Es war vielmehr so, daß einige wenige, bis dahin überwiegend als nur im Bereich der Moral bestehend angesehene Pflichten, wie die oben angeführten Pflichten des unehelichen Vaters oder der Großmutter, zu Rechtspflichten erklärt wurden⁴⁶²⁾, während die Mehrzahl der sonst in Frage kommenden sittlichen Pflichten, vor allem die Pflicht, jedem Hilfsbedürftigen zu helfen, als generelle Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung nach wie vor nicht anerkannt wurden⁴⁶³⁾. Das RG hat freilich im Jahre 1940 bei der Begründung eines (im Ergebnis übrigens zutreffend entschiedenen) Urteils den Anschein erweckt, als wolle es mit der Beseitigung des Unterschieds zwischen rechtlicher und sittlicher Pflicht Ernst machen. Es heißt dort: „Die Pflicht des Angeklagten, den W daran zu hindern, in angetrunkenem Zustand das Kraftfahrzeug weiterzuführen, kann sich vielmehr aus dem Gedanken heraus ergeben, daß jeder Volksgenosse die Aufgabe hat, strafbare Handlungen zu verhindern, soweit das in seinen Kräften steht“⁴⁶⁴⁾. Das RG selbst hat aber weder in diesem Falle, in dem für den Angeklagten eine Rechtspflicht aus Vertrag und aus vorangegangenen Tun bestand, noch sonst jemals nach diesem Grundsatz entschieden, noch ist er von der Lehre übernommen worden.

Auch den Vertretern der Lehren vom Tätertyp und vom Tatbild ist es nicht gelungen, brauchbare Kriterien zur Unterscheidung der strafrechtlich relevanten von der irrelevanten Pflicht zu entwickeln. Bei ihnen lautet nur die Fragestellung anders. Aus der ursprünglichen Frage nämlich, ob eine Pflicht eine rechtliche oder nur eine sittliche Pflicht ist, ist das Problem geworden, ob der Unterlassende im konkreten Fall dem Tätertyp entspricht, der der gesetzlichen Vorschrift zugrunde liegt⁴⁶⁵⁾, oder ob der Unterlassende durch sein Verhalten das Tatbild erfüllt, das durch die gesetzliche Vorschrift gezeichnet ist⁴⁶⁶⁾. Die Lösung dieses Problems erfolgt dann entweder, indem auf die alte Fragestellung zurückgegriffen und festgestellt wird, daß eben gerade die Verletzung einer Rechtspflicht den Unterlassenden als Täter erscheinen lasse, die Verletzung einer sittlichen Pflicht aber nicht⁴⁶⁷⁾, oder aber indem die Gesinnung des Täters zum Kriterium erhoben wird. Daß Tätertyp- und Tatbildlehre von einer solchen Grundlage aus auch gar nicht zu überzeugenden Ergebnissen kommen können, sei an einigen Beispielen verdeutlicht. Nach H. Mayer soll der Polizeibeamte,

⁴⁶¹⁾ Busch, Betrug durch Verschweigen, 1936, S. 17; Stucke, Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht, 1937, S. 69.

⁴⁶²⁾ Was die Rechtsprechung übrigens schon vor 1933 getan hatte: RGSt 64/317 (Großmutter) im Jahre 1930 und RGSt 66/74 (unehelicler Vater) im Jahre 1932.

⁴⁶³⁾ So erstrebt nach Stucke, Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht, 1937, S. 69, der Nationalsozialismus die Ineinssetzung von Recht und Moral, kann aber andererseits, S. 101, denjenigen, der es ohne besondere Rechtspflicht unterläßt, einen Ertrinkenden zu retten, aus Gründen der Gerechtigkeit nicht nach derselben Vorschrift bestrafen, welche auf die Mutter, die ihr Kind verhungern läßt, Anwendung findet.

⁴⁶⁴⁾ RGSt 74/189.

⁴⁶⁵⁾ Schaffstein, Festschrift für Graf Gleispach, 1936, S. 96; Franta, Die Unterlassungsdelikte nach alter und neuer Rechtsauffassung, 1938, S. 74, 75; Günther, Begehung durch Unterlassung, 1938, S. 23; Dahm, Bemerkungen zum Unterlassungsproblem, ZStW 59/142 und 156 (1940).

⁴⁶⁶⁾ H. Mayer, 1953, S. 43 und S. 114.

⁴⁶⁷⁾ Schaffstein, Festschrift für Graf Gleispach, 1936, S. 96; Franta, 1938, S. 74, 75; Günther, 1938, S. 22, 23.

der auf dem Streifengang den Totschlag eines betrunkenen Messerhelden vorsätzlich nicht verhindert, nicht das Tatbild der Totschlagsbeihilfe erfüllen⁴⁶⁸), während der Wohnungsinhaber, der die Unzucht der Untermieter duldet, dem Tatbild der Kuppelei entsprechen soll⁴⁶⁹). Nach Schaffstein kann der Angehörige der freiwilligen Bauernfeuerwehr nicht als Brandstifter angesehen werden, der, mit der eigenen Ernte beschäftigt, pflichtwidrig den Feuersalarm nicht befolgt⁴⁷⁰). Dagegen soll der Bauer den Typ des Brandstifters verkörpern, der, um die Versicherungssumme willen, den kleinen, zufällig entstandenen Brand nicht löscht⁴⁷¹). Ja, selbst fremde Bauern sollen sich der Beihilfe zur Brandstiftung durch Unterlassen strafbar machen, die einen Brand bei ihrem Nachbarn nicht löschen, um diesem dadurch zu seiner Versicherungssumme zu verhelfen⁴⁷²). Daß diese Bauern ihrem Nachbarn die Versicherungssumme gönnen, macht sie zu Gehilfen an der Brandstiftung! Dieses Ergebnis ist geradezu grotesk. Der zur Erfolgsabwendung Verpflichtete soll wegen des Motivs, das ihn dazu bestimmt, seine Pflicht nicht zu erfüllen (eigene Erntearbeit), der Bestrafung entgehen, während ein Nichtverpflichteter aus dem — hier außerdem noch uneigennütigen — Motiv seines Nichteingreifens heraus als Gehilfe erscheinen soll. Wenn auch zugegeben werden muß, daß ein so abwegiges Ergebnis bei vorsichtigerer Anwendung des Tätertyp- oder Tatbildgedankens hätte vermieden werden können, so zeigen die Beispiele doch wohl zur Genüge, daß auch die Lehren vom Tätertyp und vom Tatbild keine Kriterien gefunden haben, die eine andere als eine gefühlsmäßige Abgrenzung der Erfolgsabwendungspflichten von den Pflichten, die eine strafrechtliche Verantwortung nicht begründen, ermöglichen.

Die Lösung Naglers, der eine Erfolgsabwendungspflicht dann annimmt, wenn der Unterlassende Garant für den Nichteintritt des Erfolges war, wenn er von der Gemeinschaft „auf Posten gestellt“ worden ist und dabei versagt hat⁴⁷³), verschiebt die Frage in den Begriff des „Garanten“, ohne sie zu beantworten. Die Frage lautet nämlich jetzt: Wann ist der Unterlassende ein Garant? Die Bezeichnung „Garant“ — das ist immerhin einzuräumen — weist auf das Entscheidende hin; sie besagt nämlich, daß nur derjenige verpflichtet ist, einen Erfolg abzuwenden, dem die Bewahrung gerade des verletzten Rechtsguts anvertraut war. Auf die enge Beziehung des Täters zum verletzten Rechtsgut kommt es in der Tat an. Wie man das aber nun wieder feststellen kann, hat Nagler nicht untersucht. Er hat sich darauf beschränkt, einige hierzu angestellte Überlegungen zurückzuweisen, ohne selbst eine Lösung zu bringen⁴⁷⁴).

Einen echten Lösungsversuch stellen nur die Vorschläge der Anhänger der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit dar. Nach der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit indiziert die Tatbestandsmäßigkeit die Rechts-

⁴⁶⁸) H. Mayer, 1953, S. 119. (Der Fall ist bereits oben S. 43, 44 und 71 in anderem Zusammenhang erörtert.)

⁴⁶⁹) H. Mayer, 1953, S. 118.

⁴⁷⁰) Schaffstein in DJ 1936/768.

⁴⁷¹) Schaffstein in DJ 1936/768.

⁴⁷²) Schaffstein in Festschrift für Graf Gleispach, 1936, S. 105.

⁴⁷³) Nagler in GS 111/59, 64 ff (1938) und in LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B I, 2. Ihm folgend jetzt auch Maurach, Allg. Teil, 1954, S. 236; Schönke-Schröder, 1954, Vorbem. VII, 1 zu § 1; und sehr zurückhaltend Mezger, Studienbuch, Allg. Teil, 1955, S. 75.

⁴⁷⁴) Nagler, GS 111/68 (1938). Daß die Garantenformel keine Lösung bringt, hat schon Vogt, ZStW 63/393—395 (1951) nachgewiesen. Vogt ersetzt die Garantenformel durch die „engere soziale Ordnung“ (S. 399 ff.). Die Abgrenzung wird durch diesen neuen Begriff aber auch nicht erleichtert.

widrigkeit nicht. Die Rechtswidrigkeit muß vielmehr in jedem Fall unter Zugrundelegung materieller Gesichtspunkte ermittelt werden⁴⁷⁵⁾. Für die Unterlassungsdelikte haben Kissin und Sauer allgemeine Richtlinien herausgearbeitet, nach denen die Rechtspflicht materiell festgestellt werden soll. Kissin hält jedes Verhalten für rechtmäßig, das im ganzen gesehen der Gesamtheit mehr nützt als schadet, und dementsprechend jedes Verhalten für rechtswidrig, das der Gesamtheit mehr schadet als nützt⁴⁷⁶⁾. Diese auf den ersten Blick bestechend erscheinende Lösung ist jedoch praktisch nicht durchführbar. Es ist in aller Regel unmöglich, mit der notwendigen Sicherheit festzustellen, was im Einzelfall der Gesamtheit mehr schadet als nützt. Kissin meint z. B., das Gebot, einem verunglückten Menschen zu helfen, schade der Allgemeinheit mehr, als es ihr nütze, weil ein solches Gebot die Freiheit des Einzelnen zu stark einschränke⁴⁷⁷⁾. Dem kann nicht zugestimmt werden. Die Erfüllung einer Beistandspflicht, die Errettung anderer aus Gefahren, nützt der Gesamtheit immer und schadet ihr nicht einmal dann, wenn ein gesetzlicher Zwang dazu besteht. Wenn man mit Kissins Idee Ernst macht, dann müßte jeder Einzelfall auf seine sämtlichen — auch die entferntesten — Auswirkungen auf die Allgemeinheit hin untersucht werden. Es müßte also z. B. auch immer geprüft werden, ob nicht der Nutzen, den die Allgemeinheit von der Befolgung eines Gebots hätte, durch die Bestrafung derjenigen, die das Gebot übertreten, mit all ihren sozialen Folgen (Vergrößerung der Strafanstalten, Unterstützung der Familien der Inhaftierten) wieder aufgehoben und womöglich in einen Schaden verwandelt wird. Der Richter würde durch die Notwendigkeit, die Frage, ob ein Verhalten der Allgemeinheit mehr schadet als nützt, unter Berücksichtigung aller Umstände zu beantworten, weit überfordert. Die Entscheidung des Einzelfalls auf der von Kissin erarbeiteten Grundlage erscheint nach alledem praktisch unmöglich.

Nach Sauer, der ebenfalls die Rechtswidrigkeit materiell bestimmt, entsteht die Rechtspflicht bei Verschärfung einer bereits bestehenden Gefahr oder bei Eintritt in eine bestehende Gefahrenlage. Sie wird durch die Schwere des voraussichtlichen Schadens, den Schwierigkeitsgrad der Hilfeleistung und das Selbstverschulden des Geschädigten begrenzt⁴⁷⁸⁾. Trifft der Wanderer auf einen an einer einsamen Stelle liegenden Verunglückten, dem er leicht helfen könnte, so ist er nach Sauer, wenn er die Hilfe unterläßt, nach § 223, und wenn der Verunglückte deswegen sterben sollte, nach § 212 strafbar⁴⁷⁹⁾. Die Rechtspflicht des Wanderers entfällt aber nach Sauers Meinung dann, wenn der Verunglückte infolge Leichtsinns oder anomalen Wagemuts abgestürzt ist⁴⁸⁰⁾. Mit Hilfe der von Sauer entwickelten Kriterien könnte man allerdings feststellen, ob im Einzelfall eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung vorliegt oder nicht. Seine ersten Anknüpfungspunkte, die Gefahrsteigerung und der Eintritt in eine Gefahrenlage, liegen auch vielen Fällen, in denen die Rechtsordnung jemandem eine Rechtspflicht auferlegt, zugrunde. Dem geltenden Recht kann aber ein An-

⁴⁷⁵⁾ So vor allem Kissin, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten, 1933, S. 91 ff.; Roeder, DSiR 1941/105 ff und 152 ff.; Sauer, GS 114/303 ff (1940), und Allgemeine Strafrechtslehre, 1955, S. 88, 89 und 91 ff.

⁴⁷⁶⁾ Kissin, S. 81 ff.

⁴⁷⁷⁾ Kissin, S. 95.

⁴⁷⁸⁾ Sauer, Das Unterlassungsdelikt, GS 114/303 ff (1940); Allgemeine Strafrechtslehre, 1955, S. 88 ff.

⁴⁷⁹⁾ Sauer, GS 114/310 (1940).

⁴⁸⁰⁾ Sauer, GS 114/318 (1940).

haltungspunkt dafür, daß eine Rechtspflicht gegenüber einem Menschen, der leichtsinnig in eine Gefahr gerät, nicht besteht, jedoch gegenüber demjenigen, der trotz aller Vorsicht verunglückt, nicht entnommen werden. Nach unserer Rechtsordnung kommt es auch keineswegs immer auf die Größe des Schadens an, der einem Rechtsgut zugefügt wird. Im Gegensatz zu dem in manchen nordamerikanischen Staaten geltenden Recht unterscheiden sich z. B. einfacher und schwerer Diebstahl nicht nach der Höhe des dem Bestohlenen zugefügten Schadens, sondern nach der vom Dieb aufgewendeten verbrecherischen Energie, die beim schweren Diebstahl normalerweise größer ist als beim einfachen Diebstahl. Da nach all dem die Kriterien, die Sauer verwendet, im geltenden Recht überwiegend keine Stütze finden, können sie nicht herangezogen werden, das Bestehen einer Erfolgsabwendungspflicht zu begründen.

2. Versuch einer eigenen Lösung auf der Grundlage der im ersten Abschnitt des zweiten Teils dieser Arbeit gewonnenen Ergebnisse.

Ob ein Verhalten rechtmäßig oder rechtswidrig ist, ergibt sich jeweils aus der gesamten Rechtsordnung. Die Rechtsordnung aber ist für uns erkennbar aus den Gesetzen, in denen sie ihren Niederschlag gefunden hat. Demnach ist bei der Ermittlung der Erfolgsabwendungspflichten von den im Strafgesetzbuch geregelten Fällen einzelner unechter Unterlassungsdelikte auszugehen. Zu deren Ergänzung sind die Rechte und Pflichten normierenden Bestimmungen aus anderen Gesetzen heranzuziehen.

Die in dieser Weise im ersten Abschnitt des zweiten Teils dieser Arbeit gefundenen und im einzelnen erörterten Rechtspflichten zerfallen in zwei Gruppen. Die Rechtspflichten der ersten Gruppe sind Pflichten, die den Personen auferlegt sind, denen die Rechtsordnung besondere Vorrechte einräumte. Die Rechtspflichten der zweiten Gruppe obliegen denen, deren Verhalten geeignet ist, eine Gefahr für fremde Rechtsgüter herbeizuführen oder eine bestehende Gefahr für fremde Rechtsgüter zu erhöhen.

In die erste Gruppe gehören demnach die Rechtspflichten aus Gesetz. Die Ehe gewährt jedem Partner ein weitgehendes Recht auf Gemeinschaft mit dem anderen. Daraus folgt, daß der Ehegatte verpflichtet ist, die Rechtsgüter des anderen Ehegatten zu beschützen. Die Eltern haben eine weitgehende Verfügungsbefugnis über Person und Vermögen ihrer Kinder. Deshalb haben sie auch die Pflicht, diese vor Schaden zu bewahren. Staat und Gesellschaft geben den Eltern aber auch das Recht, die Kinder allein zu erziehen. Demnach sind die Eltern auch verpflichtet, die von den Kindern Einzelnen oder der Gesamtheit drohenden Gefahren abzuwenden. Der Träger des verfassungsmäßig geschützten Rechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung hat die Pflicht, in seiner Wohnung ungesetzliche Zustände zu verhindern. Der Beamte hat in dem Umfang, in dem er vor anderen besondere Rechte genießt, besondere Pflichten. Was für den Beamten gilt, findet auch auf denjenigen Anwendung, der eine staatliche Konzession oder irgendein anderes besonderes Recht hat, das andere nicht haben.

Neben den Rechtspflichten derjenigen, die besondere Rechte haben, bestehen die Rechtspflichten derer, die, sei es aus dem allen Menschen zukommenden Recht, sich frei zu entfalten, sei es unberechtigt, eine Lage schaffen, die

geeignet ist, eine Gefahr für fremde Rechtsgüter zu begründen oder zu erhöhen⁴⁸¹).

Wer freiwillig die Fürsorge für ein Rechtsgut übernimmt, legt damit ein Verhalten an den Tag, das geeignet ist, den Rechtsgutsträger oder andere, die zur Erhaltung des Rechtsguts verpflichtet oder ohne Verpflichtung zum Schutz des Rechtsguts bereit sind, in ihrer Sorge um das Rechtsgut weniger aufmerksam werden zu lassen, weil sie darauf vertrauen, daß er seine Pflicht erfüllen werde. Wer schließlich — erlaubt oder rechtswidrig — eine Handlung vornimmt, die geeignet ist, eine Gefahr für ein fremdes Rechtsgut herbeizuführen oder zu vergrößern, hat ebenfalls die Rechtspflicht, den drohenden Erfolg abzuwenden.

Den Rechtspflichten der beiden Gruppen, der Gruppe der besonders Berechtigten und der Gruppe der fremde Rechtsgüter Gefährdenden, ist gemeinsam, daß sie nur demjenigen gegenüber bestehen, dem gegenüber entweder der Verpflichtete besondere Rechte hat (Pflichten des Ehegatten bestehen also nicht gegenüber der Allgemeinheit) oder für dessen Rechtsgut eine Gefahr herbeigeführt worden ist (wer aus einem Versicherungsvertrag als Versicherungsnehmer verpflichtet ist, die versicherte Sache vor Schäden zu bewahren, hat diese Pflicht nur dem Vertragspartner, nicht der Allgemeinheit gegenüber). Die Rechtspflicht besteht ferner nur soweit, wie entweder der Verpflichtete besondere Rechte hat (die eingeschränkten Pflichten des unter Polizeiaufsicht stehenden Wohnungsinhabers), oder ein Verhalten geeignet ist, eine Gefahr herbeizuführen (die Prozeßpartei, die für eine eigene unwahre Behauptung einen Zeugen benennt, ist nicht zur Verhütung des Zeugenmeineids verpflichtet).

Versucht man, das im ersten Abschnitt des zweiten Teils der Arbeit im einzelnen entwickelte und begründete, im Vorstehenden kurz zusammengefaßte Ergebnis auf eine Formel zu bringen, so ließe sich vielleicht sagen:

Eine Rechtspflicht zum Tätigwerden ist grundsätzlich immer dann gegeben, wenn

- auf Grund einer besonderen, von der Rechtsordnung gewährten Vorrechtsstellung,
- auf Grund der freiwilligen Übernahme des Schutzes eines Rechtsguts,
- oder auf Grund einer Handlung

eine Lage geschaffen wird, die geeignet ist, ein Rechtsgut

- unmittelbar durch die Vorhandlung
- oder mittelbar dadurch, daß sich die Allgemeinheit oder Einzelne auf die Behütung des Rechtsguts durch den zu diesem Zweck besonders Berechtigten oder freiwillig Verpflichteten verlassen,

zu gefährden.

⁴⁸¹) Es kommt also nicht darauf an, ob die Gefahr konkret begründet oder gesteigert wird (worauf v. Liszt-Schmidt, 1932, S. 190; Kohlrausch-Lange, 1950, S. 5; Bautz, Die neuere Entwicklung der unechten Unterlassungsdelikte, 1938, S. 61, abstellen); denn ob eine Gefahr im konkreten Fall begründet oder gesteigert wird, läßt sich mindestens für die Fälle der freiwilligen Übernahme kaum im Einzelfall feststellen. Ob z. B. der Babysitter, der es nicht verhindert, daß das ihm anvertraute Kind aus dem Fenster springt, durch die Übernahme der Stelle das Leben des Kindes konkret gefährdet hat, läßt sich nur feststellen, wenn einmal erwiesen wäre, daß die Eltern — hätten sie den Babysitter nicht engagiert — besser aufgepaßt haben würden, und wenn zum anderen feststände, daß die Eltern darauf vertraut haben, daß er aufpassen werde. Beide Feststellungen lassen sich nur schwer treffen und verschöben, wollte man sie jeweils fordern, die Frage, ob eine Rechtspflicht besteht oder nicht, auf das Gebiet des Zufalls.

III. Grenzen der Erfolgsabwendungspflicht

1. Kritik an der Lehre, nach der eine Erfolgsabwendungstätigkeit ausreicht.

Der vorliegenden Arbeit über die Rechtspflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten liegt die Auffassung zugrunde, daß die Rechtspflicht immer darin besteht, den drohenden Erfolg abzuwenden. Bei den Begehungsdelikten durch Tun ist der Erfolg schlechthin das Kernstück der Tatbestandsverwirklichung. Ohne Erfolg gibt es keine vollendete Tat, auf den Erfolg muß sich der Vorsatz beziehen. Gewiß gibt es Vorschriften, die bestimmte Handlungsmodalitäten strafbegründend sein lassen — z. B. die Art der Herbeiführung der Vermögensbeschädigung in §§ 253, 263 und 266 —, im Vordergrund steht aber auch bei den so gefaßten Delikten immer der Erfolg. Das ist auch keineswegs lebensfremd; im Leben wird dem bloßen Erfolg unabhängig davon, ob er verschuldet ist oder nicht, noch mehr Bedeutung beigemessen als im Strafrecht. Deshalb — und das ist eigentlich auch ganz selbstverständlich — besteht die Rechtspflicht nicht darin, irgendeine Tätigkeit als solche vorzunehmen, sondern den Erfolg abzuwenden⁴⁸²).

Im Gegensatz dazu stehen einige Schriftsteller auf dem Standpunkt, daß man von dem Verpflichteten nur verlangen könne, daß er zur Abwendung des Erfolges tätig werde, nicht aber den Erfolg abwende⁴⁸³). Dem kann nicht gefolgt werden. Auch bei den Begehungsdelikten durch Tun wird zur Bestrafung wegen der vollendeten Delikte keine auf den Erfolg zielende, sondern eine Tätigkeit, die den Erfolg im konkreten Fall herbeigeführt hat, gefordert. Auch wer mit sehr verbrecherischer Gesinnung handelt, aber erfolglos bleibt, kann höchstens wegen Versuchs bestraft werden. Andererseits wird der wohlmeinend Tätige, der den schädlichen Erfolg trotz seiner gut gemeinten Erfolgsabwendungstätigkeit nicht verhindert, nie bestraft. Denn entweder liegt der Fall so, daß er den Erfolg gar nicht verhindern konnte; dann war sein „Unterlassen“ kein Verhalten oder mindestens nicht kausal für den Erfolg. Oder die Erfolgsabwendungstätigkeit hätte, wenn sie Erfolg hätte haben sollen, von dem Verpflichteten unverhältnismäßige Opfer gefordert; dann ist sein Verhalten durch den Rechtfertigungsgrund des übergesetzlichen Notstands, der weiter unten erörtert werden wird, gerechtfertigt. Oder aber der Verpflichtete hat sich über seine Hilfsmöglichkeiten schuldlos geirrt und deshalb nicht die ihm objektiv mögliche und geeignete Erfolgsabwendung zu der er verpflichtet war, vorgenommen; in diesem Falle handelt er schuldlos. Bestraft wird er in keinem dieser Fälle. Daß er in dem zuletzt erwähnten Fall rechtswidrig handelt, läßt sich nicht ändern. Auch wer in bester Absicht handelt, wie der Arzt, der in Hauffs Märchen der angeblich Toten den Kopf abschneidet, handelt, wenn durch sein Verhalten zufällig ein strafrechtlich mißbilligter Erfolg verursacht wird, rechtswidrig. Wollte man verlangen, daß der Verpflichtete nur zu einer Erfolgsabwendungstätigkeit verpflichtet ist, so würde man das System des Strafrechts zerstören und zwar ganz nutzlos, weil das Resultat in keinem Fall von den hier gefundenen Ergebnissen abweichen würde. Die Vertreter des Gedankens, daß eine Erfolgsabwendungs-

⁴⁸²) Garz allgemein herrschende Rechtsprechung und Lehre. Vgl. z. B. RGSt 74/283 (1940), das von der Pflicht des Ehemannes spricht, den Meineid der Frau zu verhindern. Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 153; Nagler und Mezger in LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B I 3; Schönke-Schröder, 1954, Vorbem. VII, 1 vor § 1.

⁴⁸³) E. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1938, S. 89, 165; Georgakis, Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht, 1930, S. 27, und weniger entschieden Sauer, Das Unterlassungsdelikt, GS 114/314 (1940).

tätigkeit in diesen Fällen ausreicht, haben kein Beispiel dafür gebracht, daß die herrschende Lehre, die die Rechtspflicht als Pflicht ansieht, den Erfolg abzuwenden, zu unbilligen oder bedenklischen Ergebnissen führt⁴⁸⁴). Georgakis meint zwar, daß der Badewärter, der den Ertrinkenden nicht rettet, weil ihn ein Krampf in den Beinen befällt, nach der herrschenden Lehre seine Rechtspflicht verletzt, und hält diese Folgerung für unbillig⁴⁸⁵), das Verhalten des Badewärters ist aber, wenn es überhaupt ein „Unterlassen“ sein sollte, für den Erfolg nicht kausal. Die Vertreter der herrschenden Lehre können daher gar nicht bis zu dem Problem der Rechtswidrigkeit vordringen und dem Badewärter die Verletzung einer Rechtspflicht vorwerfen.

2. Die Rechtfertigungsgründe bei den unechten Unterlassungsdelikten.

Der zur Erfolgsabwendung Verpflichtete muß die ihm mögliche Erfolgsabwendung vornehmen. Freilich nicht um jeden Preis⁴⁸⁶). Die objektiv mögliche Erfolgsabwendung ist nur dann auch rechtlich geboten, wenn die Opfer, die der Verpflichtete bringen muß, um den drohenden Erfolg abzuwenden, zu dem abzuwendenden Erfolg in einem angemessenen Verhältnis stehen. Der Knecht, der verpflichtet ist, bei einem Brand des Bauernhauses zu löschen, ist nicht verpflichtet, dabei sein Leben aufs Spiel zu setzen. Er hat nur den Eintritt des Erfolges zu verhindern, den er durch die Tätigkeit abwenden kann, die er vornehmen muß. Die Kollision von Pflicht und Opfer ist ein Fall des übergesetzlichen Notstandes⁴⁸⁷), der freilich beim Unterlassungsdelikt eine viel weitergehende Bedeutung hat als beim Begehungsdelikt durch Tun. Der Täter, der durch aktives Handeln einen Erfolg herbeiführt, kann sein Tun in aller Regel unterlassen, ohne daß er dafür irgendwelche beachtlichen Opfer bringen müßte. Beim Unterlassungsdelikt ist es dagegen die Regel, daß die ihm auferlegte Erfolgsabwendung von ihm Opfer verlangt. Der unser Strafrecht beherrschende Gedanke der Güterabwägung, kodifiziert für die Beleidigungsdelikte in § 193 und darüber hinaus für alle Delikte als übergesetzlicher Notstand anerkannt, gibt dem Widerstreit von Pflicht und Opfer beim unechten Unterlassungsdelikt eine angemessene Lösung. So kann vom Erfolgsabwendungsverpflichteten der Einsatz des eigenen Lebens nicht gefordert werden. Das ergibt sich schon aus der Rechtsprechung zu § 218, wonach die Mutter ihr Leben nicht für die Geburt des Kindes opfern muß⁴⁸⁸). Wenn aber hier schon die Rechtswidrigkeit eines Begehungsdelikts durch Tun entfällt, dann muß in ähnlich gelagerten Fällen auch die Rechtswidrigkeit eines unechten Unterlassungsdelikts entfallen⁴⁸⁹). Da die Mutter für die Geburt des Kindes keine Lebens-

⁴⁸⁴) Vgl. die Beispiele bei E. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1938, S. 165, und bei Georgakis, Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht, 1938, S. 27, 28, die oben, S. 15, 16, Anm. 38 (S. 16) und Anm. 45 (S. 17) in anderem Zusammenhang geschildert sind.

⁴⁸⁵) Georgakis, Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht, 1938, S. 28.

⁴⁸⁶) Unbestritten. Vgl. Vogt, ZStW 63/406 (1951); Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 156; Nagler und Mezger, LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B I, 4a.

⁴⁸⁷) Nagler, GS 111/74 (1938), mit dem Beispiel des Schiffers, der nichts zur Rettung eines über Bord Gefallenen unternimmt, um nicht noch andere in Lebensgefahr zu bringen. Sauer, GS 114/316 (1940); Maurach, Allg. Teil, 1954, S. 288; Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 156.

⁴⁸⁸) RGSt 61/242 (1927), 62/137 (1928); Nagler-Schaefer, LK, 1954, Anm. III zu § 218.

⁴⁸⁹) Im Gegensatz zu Sauer, GS 114/316 (1940) sowie zu Nagler und Mezger, LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B I, 4a, folgt der Text Welzel, NJW 1953/329, und Lehrbuch, 3. Aufl., 1954, S. 156, sowie Maurach, Allg. Teil, 1954, S. 246, die nicht schon das Entstehen der Rechtspflicht entfallen lassen, vielmehr eine Zurückdrängung der Pflicht durch eine entgegenstehende, wichtigere Pflicht, also Tatrechtfertigung, annehmen. Sauer und Nagler würden also sagen, daß derjenige, der nur durch den Einsatz seines Lebens den Eintritt eines Erfolges verhindern kann, gar nicht erfolgsabwendungsverpflichtet ist, während nach Maurach und Welzel die Verletzung der bestehenden Erfolgsabwendungspflicht aus dem Gesichtspunkt der Güterabwägung (übergesetzlicher Notstand) gerechtfertigt ist.

gefahr übernehmen muß, müssen auch die anderen Angehörigen, seien es Eltern oder Eheleute, nicht mit dem Leben füreinander eintreten. Das gilt für jede Erfolgsabwendungspflicht. Mag man Soldaten oder Polizisten, die ihr Leben nicht einsetzen, disziplinarisch wegen Feigheit bestrafen oder aus dem Dienst entlassen, wegen Verletzung einer strafrechtlichen Erfolgsabwendungspflicht kann man sie jedenfalls nicht belangen. Bei Lebensgefahr des zu Beschützenden muß freilich — vom Leben abgesehen — jedes andere Rechtsgut des Erfolgsabwendungsverpflichteten eingesetzt werden. Gesundheitliche und finanzielle Schäden dürfen den zur Erfolgsabwendung Verpflichteten von der Erfüllung seiner Pflicht nicht abhalten⁴⁹⁰). Wer dagegen nur verpflichtet ist, Schäden von der Gesundheit oder dem Vermögen eines anderen abzuwenden, ist zu einem entsprechend geringeren Einsatz verpflichtet. Die Rechtspflicht besteht nur insoweit, als nicht Opfer verlangt werden, die in keinem Verhältnis zu dem gefährdeten Rechtsgut stehen. Welche Opfer der zur Erfolgsabwendung Verpflichtete jeweils bringen muß, richtet sich nach den zu dem Rechtfertigungsgrund des übergesetzlichen Notstandes entwickelten Grundsätzen. So hat derjenige, der einen Gartenzaun anstreicht und vergißt, ein Schild anzubringen, das auf die von der feuchten Farbe ausgehenden Gefahren hinweist, zwar die Rechtspflicht, zu verhindern, daß Spaziergänger ihre Kleidungsstücke an seinem Zaun mit Farbe beschmutzen, er muß zu diesem Zweck aber nicht eine Geschäftsreise abbrechen oder gar, wenn ihm während der Zugfahrt sein Versehen einfällt, die Notbremse ziehen und sofort aus einem Telefonhäuschen an der Bahnstrecke telefonieren. Es genügt vielmehr, wenn er die erste Gelegenheit, die sich ihm vernünftigerweise bietet (längerer Aufenthalt auf einer Station, Auftrag an einen aussteigenden Mitreisenden oder an einen Bahnbeamten), zu einer telefonischen oder telegraphischen Benachrichtigung der Polizei oder einer anderen Person, die den Schaden verhindern kann, verwendet⁴⁹¹).

Auch die übrigen Rechtfertigungsgründe, vor allem die Einwilligung des Rechtsgutsträgers, können demjenigen, der durch sein Unterlassen den Tatbestand eines Delikts erfüllt hat, zur Seite stehen. Hier besteht kein Unterschied zwischen dem Unterlassungsdelikt und dem Begehungsdelikt durch Tun. Das gilt auch für das sozial adaequate Handeln, das richtiger Ansicht nach zwar tatbestandsmäßig, aber nicht rechtswidrig ist⁴⁹²). Auch das sozial adaequate Unterlassen ist nicht rechtswidrig. So hat z. B. der Geschäftsherr die Rechtspflicht, die Arbeiten seiner Angestellten zu überwachen und die Angestellten zu instruieren (beispielsweise bei der Anlage einer Gasleitung). Wenn er das in der üblichen Weise tut, was regelmäßig bedeutet, daß er die Möglichkeit hätte, noch mehr zu tun, und wenn nun eine Person bei oder infolge der Tätigkeit seiner Angestellten zu einem Schaden kommt, der durch eine das übliche Maß übersteigende, dem Geschäftsherrn an sich mögliche Überprüfung und Anleitung der Angestellten mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit vermieden worden wäre,

⁴⁹⁰) Allgemein anerkannt. Vgl. Nagler und Mezger, LK, 1934, Anhang zur Einleitung 2, B I, 4b.

⁴⁹¹) Richtig RGSt 18.96 ff (1888), das auf S. 98 ausführt: „Hier muß ihn die Unterlassung jeder möglichen, die Wirksamkeit seiner eigenen Handlung verhindernden Tätigkeit strafbar machen, sofern nur die Verhinderung keine ganz außerordentlichen mit der Schwere der Rechtsverletzung außer Verhältnis stehenden Leistungen von ihm fordert“. Ebenso BGHSt 5/225 ff (1953), der es für möglich hält, daß der Beamte, der auf privatem Wege von einer Straftat Kenntnis erlangt, schweigen darf. Der BGH führt auf S. 229 dazu aus: „Dann mag es die Achtung vor seiner Menschenwürde und seiner Persönlichkeit (vgl. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes) unter Umständen erfordern, ihm die Freiheit der sittlichen Entscheidung zu lassen“.

⁴⁹²) Welzel, 3. Auflage, 1954, S. 61.

dann hat der Geschäftsherr den Schaden mitverursacht. Der Geschäftsherr, der einen die Allgemeinheit gefährdenden Betrieb leitet, hat auch die Verpflichtung, zu verhindern, daß andere durch das Verhalten seines Hilfspersonals Schaden erleiden. Das Verhalten des Geschäftsherrn ist aber nicht sozial inadäquat, d. h. er hat sich so verhalten, wie sich jeder ordentliche Geschäftsherr verhält. Der Schaden, der eingetreten ist, ist auf die soziale Ordnung zurückzuführen, nach der durch Arbeitsteilung, Verkehr usw. neue Gefahren entstanden sind, die man um des sog. Fortschritts willen duldet. Natürlich ließe sich in diesem Fall auch einfach sagen, der Geschäftsherr sei rechtlich nur zur üblichen Überwachung verpflichtet. Aber damit löst man nicht das Problem, das ja für die Begehungsdelikte durch Tun ebenso auftritt. Wenn nämlich jemand die Treppe putzt, und ein Benutzer der Treppe stürzt und sich verletzt, weil die Treppe geputzt und daher glatter ist als sonst, dann muß das Reinigen der Treppe, sofern etwa durch ein Schild wie „frisch gebohnt“ auf die Gefahren hingewiesen worden ist, durch die Lehre vom sozialadäquaten Verhalten gerechtfertigt werden. Ist die soziale Adäquanz aber bei den Begehungsdelikten durch Tun ein Rechtfertigungsgrund, dann entspricht es schon der Systematik, ihn bei den Unterlassungsdelikten in gleicher Weise anzuwenden.

Zusammenfassend kann über die Rechtfertigungsgründe bei den unechten Unterlassungsdelikten gesagt werden, daß sie sich in nichts von den Rechtfertigungsgründen unterscheiden, die für die Begehung durch Tun entwickelt worden sind. Der Rechtfertigungsgrund des übergesetzlichen Notstands, der bei den Begehungsdelikten durch Tun sehr selten zur Anwendung kommt, erlangt freilich bei den unechten Unterlassungsdelikten eine besondere Bedeutung.

3. Teil: Die Schuld bei den unechten Unterlassungsdelikten

I. Vorsatz und Fahrlässigkeit

Vorsatz und Fahrlässigkeit müssen sich, wie bei den Begehungsdelikten durch Tun, auf Handlung, Kausalität und Erfolg beziehen. Dabei ist darauf zu achten, daß beispielsweise der Vorsatz hinsichtlich des Erfolges nicht von Bedeutung sein kann, wenn der Täter irrigerweise annimmt, daß sein Verhalten sowieso nichts mehr an dem — im übrigen gebilligten — Erfolge ändern könne. Eine vorsätzliche Erfolgsherbeiführung ist dann nicht gegeben. Willigt der Mansardenbewohner, der aus Versehen einen Blumentopf auf die Straße fallen läßt, in die durch den Topf in kürzester Zeit wahrscheinlich eintretende tödliche Verletzung seines Feindes, der gerade unten steht, ein, so ist die unterlassene Abwendung des Erfolges dann nicht eine vorsätzliche Tötung, wenn der Täter gar nicht an die Möglichkeit denkt, sein Opfer noch warnen zu können, oder aber die Möglichkeit fahrlässigerweise für nicht gegeben erachtet. Nur wenn er erkennt, daß er den unten Stehenden durch eine Warnung noch retten könnte und diese nun in Tötungsabsicht unterläßt, kann von einer vorsätzlichen Tötung durch Geschehenlassen die Rede sein. Umgekehrt liegt eine vorsätzliche Tötung natürlich auch dann nicht vor, wenn der Täter die Warnung vorsätzlich unterläßt, es aber irrigerweise als sicher annimmt, daß der Topf den Passanten nicht tödlich verletzen, sondern wahrscheinlich nur leicht verletzen oder erschrecken werde.

Dasselbe gilt für die Fahrlässigkeit. Auch hier unterscheidet sich die Anwendung der Schuldformen auf das Geschehenlassen in nichts von der Anwendung auf das positive Tun⁴⁹³), nur entstehen bei den unechten Unterlassungsdelikten typische Fehlermöglichkeiten. Wer bei seinem Tun nämlich den Erfolg will, handelt meistens vorsätzlich, weil jeder vernünftige Mensch sein aktives Kausalwerden und dessen Wirkungen erkennt. Beim Geschehenlassen ist das nicht ebenso regelmäßig der Fall. Vielmehr wird der Täter hier oft die Möglichkeiten unterschätzen oder gar nicht erkennen, die ihm zur Verfügung stehen, um den drohenden Erfolg abzuwenden. Er benötigt dazu in manchen Fällen Phantasie und rasches Reaktionsvermögen, über die nicht jeder Unterlassungstäter verfügt.

Für die Frage nach der Schuld ist es von besonderer Bedeutung, ob das Bestehen der Erfolgsabwendungspflicht vom Vorsatz umfaßt werden muß oder nicht. Diese Frage muß von allen denen, die in der Erfolgsabwendungspflicht ein Tatbestandsmerkmal sehen⁴⁹⁴), selbstverständlich bejaht werden. Anders liegt die Sache für diejenigen, die die Erfolgsabwendungspflicht als Bestandteil der Rechtswidrigkeit ansehen⁴⁹⁵). Diesen bieten sich drei Möglichkeiten zur Entscheidung der Frage an:

⁴⁹³) Anders wohl nur Dahm, Bemerkungen zum Unterlassungsproblem, ZStW 59/163 (1940), der einen Erfolgsabwendungsverpflichteten, der vorsätzlich ein tödliches Unglück nicht verhindert, nur wegen fahrlässiger Tötung bestrafen will (siehe auch oben S. 42).

⁴⁹⁴) Z. B. Maurach, Allg. Teil, 1954, S. 233 ff; Nagler und Mezger in LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B I, 1; Schönte-Schröder, 1954, Vorbem. VII, 1 vor § 1.

⁴⁹⁵) Z. B. Wegner, 1951, S. 113; Schwarz, StGB, 1954, Anm. 3 D vor § 1; Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 155; Sauer, Allg. Strafrechtslehre, 1955, S. 89.

Sofern sie das Unrechtsbewußtsein zum Vorsatz zählen, muß auch die Erfolgsabwendungspflicht, bzw. deren Verletzung vom Vorsatz umfaßt sein⁴⁹⁶⁾. Der Unterlassende muß also hier wissen, daß er zur Erfolgsabwendung verpflichtet ist. Dagegen braucht er natürlich nicht zu wissen, daß die Verletzung dieser Pflicht strafbar ist. Auch bei den Begehungsdelikten durch Tun verlangt niemand ein Strafbarkeitsbewußtsein.

Zählt man mit der Schuldtheorie⁴⁹⁷⁾ das Unrechtsbewußtsein nicht zum Vorsatz, so bleiben Vorsatz und Fahrlässigkeit von einem Irrtum des Unterlassenden über die ihm obliegende Pflicht unberührt, gleichgültig, ob der Irrtum des Unterlassenden darin besteht, daß er die tatsächlichen Voraussetzungen der Erfolgsabwendungspflicht für nicht gegeben hält oder ihr rechtliches Bestehen irrtümlich nicht erkennt. Ist sein Irrtum unverschuldet, so geht er straflos aus, andernfalls ist er wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Tatbegehung strafbar.

Folgt man schließlich der Rechtsprechung des BGH, wonach die tatsächlichen Umstände, welche die Rechtswidrigkeit begründen oder ausschließen, vom Vorsatz umfaßt werden müssen, im übrigen aber für die Bestrafung wegen vorsätzlicher Tat die Möglichkeit des Unrechtsbewußtseins genügt⁴⁹⁸⁾, so wird die Lösung äußerst kompliziert. Ich möchte daher die Lösung des BGH für unser Problem an einem Beispiel erläutern. Das Kind des A ertrinkt beim Baden. A selbst könnte sein Kind ohne weiteres retten. Er unterläßt die Rettung, weil er fahrlässig nicht bemerkt, daß das Kind, das ertrinkt, sein Kind ist. Hier handelt es sich um einen Tatsachenirrtum auf dem Gebiet der Rechtswidrigkeit, der nach dem BGH den Vorsatz ausschließt. A kann also nur wegen fahrlässiger Tötung bestraft werden. Der Badewärter sieht ebenfalls, daß das Kind ertrinkt. Er unternimmt nichts zur Rettung des Kindes, weil er sieht, daß der Vater untätig bleibt, und glaubt, daß er zur Rettung des Kindes nicht verpflichtet sei, wenn der Vater des Kindes dabei ist, helfen könnte und nicht hilft. Der Irrtum des Badewärters ist nach dem BGH ein Rechtsirrtum auf dem Gebiet der Rechtswidrigkeit, der den Vorsatz unberührt läßt, aber eventuell die Schuld mildert. Der Badewärter muß mithin wegen vorsätzlicher Tötung bestraft werden.

Im Rahmen dieser Arbeit kann eine Entscheidung zugunsten einer der genannten drei Theorien nicht fallen. Ich muß mich darauf beschränken, die verschiedenen Ergebnisse anzudeuten, die freilich nicht unerheblich voneinander abweichen: Die irrtümliche Annahme einer Erfolgsabwendungspflicht und deren „Verletzung“ wäre nach der Vorsatztheorie Versuch⁴⁹⁹⁾, nach der Schuldtheorie Wahnverbrechen⁵⁰⁰⁾ und nach der Ansicht des BGH bei irrtümlicher Annahme der tatsächlichen Voraussetzungen Versuch, bei irrtümlicher Annahme der rechtlichen Voraussetzungen Wahndelikt. Doch liegt insoweit kein typisches Problem des Unterlassungsdelikts vor, sondern eine Frage der Irrtumslehre, die in der vorliegenden Arbeit nicht zur Diskussion steht.

⁴⁹⁶⁾ Sauer, Allg. Strafrechtslehre, 1955, S. 165 ff.

⁴⁹⁷⁾ Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 122 ff, insbesondere S. 125: „Ein Moment der Rechtswidrigkeit ist die Rechtspflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten; darum ist der Irrtum über die Garantenpflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten ein Verbotsirrtum“.

⁴⁹⁸⁾ BGHSt 3/105 ff (1952).

⁴⁹⁹⁾ Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 1955, müßte in folgerichtiger Anwendung seiner auf S. 111/112 und 165 ff entwickelten Gedanken zu diesem Ergebnis kommen.

⁵⁰⁰⁾ Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 143: „Ein Unterfall des Wahnverbrechens ist die vermeintliche Verletzung einer nicht bestehenden speziellen Rechtspflicht des Täters“.

II. Die Unzumutbarkeit

Rechtsprechung⁵⁰¹⁾ und Lehre⁵⁰²⁾ haben bei den unechten Unterlassungsdelikten noch einen besonderen übergesetzlichen Schuldaußschließungsgrund anerkannt, der bei den Begehungsdelikten durch Tun allgemein abgelehnt wird: Die Unzumutbarkeit.

Der Charakter der Unzumutbarkeit als eines übergesetzlichen Schuldaußschließungsgrundes wird verschiedentlich bestritten, es heißt, durch die Unzumutbarkeit werde bereits der Tatbestand⁵⁰³⁾ oder doch die Rechtswidrigkeit⁵⁰⁴⁾ des unechten Unterlassungsdelikts ausgeschlossen, weil durch die Unzumutbarkeit der Erfolgsabwendung bereits die Entstehung der Erfolgsabwendungspflicht beseitigt werde. Das ist dogmatisch unzutreffend. Weder ein Schuldaußschließungsgrund noch auch ein Rechtfertigungsgrund kann die Entstehung einer Rechtspflicht verhindern. Die Rechtspflicht tritt vielmehr im Einzelfall gegen den Rechtfertigungsgrund zurück, die Verletzung der Rechtspflicht ist wegen Vorhandenseins eines Rechtfertigungsgrundes nicht rechtswidrig⁵⁰⁵⁾. Der Schuldaußschließungsgrund läßt die Rechtspflicht ganz unberührt; er beseitigt auch nicht das Unrecht der Unterlassung, sondern nur ihre Vorwerfbarkeit⁵⁰⁶⁾. Mithin kann die Unzumutbarkeit erst bei der Untersuchung der Schuld der unechten Unterlassungsdelikte berücksichtigt werden.

Andererseits werden Fälle über den Schuldaußschließungsgrund der Unzumutbarkeit gelöst, bei denen dem Täter eine Erfolgsabwendung objektiv nicht möglich war⁵⁰⁷⁾. Daß diese Fälle in das Gebiet der Kausalität gehören, ist schon bei der Erörterung der Kausalität in Teil 1 dieser Arbeit nachgewiesen worden.

Für eine Untersuchung der Frage, ob der Schuldaußschließungsgrund der Unzumutbarkeit vorliegt, bleiben somit nur die Fälle übrig, in denen der Unterlassende vorsätzlich oder fahrlässig seiner Pflicht zur Erfolgsabwendung zuwider einen tatbestandsmäßigen Erfolg eintreten läßt, den er ohne Aufopferung eigener höherer Interessen hätte abwenden können. Unzumutbar ist die Erfolgsabwendung in derartigen Fällen dem Täter, dem die zur Erfolgsabwendung notwendige Aufopferung eigener, objektiv verhältnismäßig geringwertiger Interessen so schwer fällt, daß von ihm die Überwindung der Abneigung, tätig zu werden, nicht verlangt werden kann.

Der Grund für diese Sonderbehandlung des Geschehenlassens gegenüber der Erfolgsherbeiführung durch Tun, bei der ein derartiger Schuldaußschließungsgrund mit Recht nicht anerkannt wird, liegt in der unterschiedlichen subjektiven Lage der Täter eines Begehungsdelikts durch Tun und eines Unterlassungsdelikts. Während dem Täter eines Begehungsdeliktes durch Tun der Vorwurf gemacht wird, daß er das Böse nicht unterlassen habe, legt man es dem Unterlassungstäter zur Last, daß er das Gute nicht getan habe. Diese grundsätzliche

⁵⁰¹⁾ Vgl. z. B.: RGSt 58/97 ff (1924), 77/125 ff (1943); BGHSt 4/20 ff (1953).

⁵⁰²⁾ Rutkowski, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu dem normativen Schuld-element und das unechte Unterlassungsdelikt, DR 1939/1041; v. Weber, 1948, S. 123; Jeschek, GA 1954/327; Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 131; Nagler und Mezger, LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B I, 4a.

⁵⁰³⁾ Nagler und Mezger, LK, 1954, Anhang zur Einleitung 2, B I, 4a.

⁵⁰⁴⁾ Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 1955, S. 96.

⁵⁰⁵⁾ Vgl. hierzu Welzel, NJW 1953/329, und 3. Aufl., 1954, S. 156; Maurach, Allg. Teil, 1954, S. 246.

⁵⁰⁶⁾ Richtig Rutkowski, DR 1939/1041; Welzel, 3. Aufl., 1954, S. 131 und 136.

⁵⁰⁷⁾ Von Weber, 1948, S. 123, im Flüchtlingstreckfall.

Verschiedenheit von Tun und Unterlassen führt nicht nur zu einer unterschiedlichen, objektiven Wertung der beiden Verhaltensweisen, die in der Beschränkung des Kreises der rechtswidrigen Unterlassungen zum Ausdruck kommt, ihr muß vielmehr auch auf der Ebene der Schuld Rechnung getragen werden. Das geschieht durch den hier behandelten Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit⁵⁰⁸⁾.

Typische Beispiele solcher vorsätzlicher, rechtspflichtwidriger Unterlassungen bei denen die Erfolgsabwendung dem Verpflichteten nicht zugemutet werden kann, bieten die folgenden Fälle:

Kuppelei durch Unterlassen begehen die Eltern, die die Unzucht ihrer minderjährigen Kinder dulden. Sie haben eine Erfolgsabwendungspflicht⁵⁰⁹⁾. Folglich müssen sie die Unzucht verhindern. Begeht, der 20jährige, gewalttätige Sohn, der seinen Vater mit einem Knüttel bedroht und keinen Zweifel daran läßt, daß er seinen Willen mit Gewalt durchzusetzen beabsichtigt, die Unzucht, so braucht es der körperlich unterlegene Vater nicht auf eine Machtprobe ankommen lassen. Selbst wenn es sicher wäre, daß die Unzucht des Sohnes durch energisches Einschreiten des Vaters hätte verhindert werden können, so wäre der Vater doch nicht verpflichtet, sein Leben oder seine Gesundheit aufs Spiel zu setzen, um das unzüchtige Treiben seines Sohnes zu verhindern. Das hieße ein unverhältnismäßig hohes Opfer von ihm fordern. Dem Vater kommt also der Rechtfertigungsgrund des übergesetzlichen Notstandes zugute; er handelt nicht rechtswidrig. Ihm stehen aber noch andere Mittel zu Gebote, um die Fortführung der Unzucht zu verhindern. Er könnte beispielsweise die Polizei gegen seinen Sohn zu Hilfe rufen, die in einer halben Stunde zur Stelle sein und von dieser Zeit an weiteres unzüchtiges Treiben im Hause unterbinden könnte. Durch den Anruf bei der Polizei würde der Vater — wenn wir einmal annehmen, daß er in diesem Falle nicht eine Racheaktion des Sohnes befürchten müßte — weder sein Leben noch seine Gesundheit aufs Spiel setzen. Anerkennenswerte Gefühle machen es dem Vater indessen schwer, wenn nicht unmöglich, die Hilfe der Polizei gegen seinen Sohn in Anspruch zu nehmen. Wenn sich auch der Sohn durch die Unzucht nicht strafbar macht, so ist doch das Eingreifen der Polizei schon wegen der Nachbarn für alle Beteiligten peinlich und für den Sohn kränkend⁵¹⁰⁾. Es könnte sein, daß dadurch das ohnehin gelockerte Verhältnis zwischen Eltern und Sohn vollends zerstört wird. Diese persönlichen Beziehungen zwischen Vater und Sohn stehen zwar objektiv als Rechtsgut wesentlich niedriger als die Pflicht des Vaters, das Kind ordentlich zu erziehen, man kann sie aber nicht unberücksichtigt lassen, und zwar einfach deshalb, weil sie subjektiv übermächtig sind. Aus demselben Grunde kann man von den Eltern nicht verlangen, daß sie ihre minderjährige Tochter, wenn sie im elterlichen Hause Unzucht treibt, verstoßen. Zwar müssen die Eltern mit aller zumutbaren Gewalt die Tochter von ihrem Treiben abzubringen suchen, zu diesem letzten Mittel brauchen sie aber auch dann nicht zu greifen, wenn alle anderen Maßnahmen versagt haben. Die Eltern müssen auch bei mehreren ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln nicht sofort das stärkste anwenden, sondern dürfen erst einmal

⁵⁰⁸⁾ Vgl. Rutkowsky, DR 1939/1041, mit dem der Verf. voll übereinstimmt.

⁵⁰⁹⁾ Allgemeine Meinung, siehe oben S. 64, 65. Jeschek, MDR 1954/648, 649, engt den Tatbestand der Kuppelei sehr weit ein, indem er als Tatbestandsmerkmal ein Anvertrautsein der Kinder verlangt. Dieses Verhältnis fehlt nach Jeschek, wenn die Kinder nicht mehr gehorchen. Das ist indessen unrichtig. Bei volljährigen Kindern besteht sowieso keine Rechtspflicht der Eltern, gegenüber Minderjährigen besteht die Rechtspflicht uneingeschränkt.

⁵¹⁰⁾ RGSt 77/125 ff (1943).

abwarten, ob nicht das schwächere Mittel hilft. So dürfen sie im Fall der minderjährigen Tochter zunächst an deren Vernunft appellieren und müssen erst dann, wenn das gar nicht helfen will, stärkere Maßnahmen ergreifen⁵¹¹). Daß sie mit Kindern, die in ihrem Hause Unzucht treiben, brechen, ist Eltern nicht zuzumuten⁵¹²). Es kann ihnen auch nicht zugemutet werden, daß sie ihre Kinder staatlichen Organen, welche die Kinder in eine Fürsorgeerziehungsanstalt bringen wollen, ausliefern, wenn sie aus verständlichen Gründen durch die Fürsorgeerziehung eine Gefährdung des Verhältnisses zwischen den Kindern und ihnen befürchten⁵¹³). Einen Bruch mit ihren minderjährigen Kindern dürfen die Eltern nur dann nicht scheuen, wenn es sich darum handelt, einen von den Kindern geplanten Mord oder Totschlag zu verhindern. Dieses Ergebnis läßt sich wohl auch aus dem Rechtsgedanken des § 139 Abs. 3 ableiten, obwohl diese Bestimmung ja nur Anwendung findet, wenn nicht eine besondere Erfolgsabwendungspflicht besteht. Denn auch den Ausnahmefällen des § 139 liegt ja der Gedanke zugrunde, daß die engsten Verwandtschaftsverhältnisse von Anzeigepflichten freizuhalten seien, ein Gedanke übrigens, der als einziger geregelter Fall der Unzumutbarkeit bei den Begehungsdelikten durch Tun auch der Vorschrift des § 257 Abs. 2 innewohnt. Wenn aber § 139 bestimmt, daß die Pflicht, die beabsichtigte Tat eines Angehörigen anzuzeigen, dann besteht, wenn die beabsichtigte Tat ein Verbrechen gegen das Leben darstellt, so läßt sich daraus schließen, daß der Gesetzgeber in diesem einen Fall das subjektive Interesse an guten oder doch erträglichen Beziehungen zwischen nahen Angehörigen nicht berücksichtigen wollte.

Natürlich dürfen sich Eltern auf den Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit nicht berufen, bevor sie nicht ernsthaft geprüft haben, welche Mittel sie vielleicht anwenden könnten, um den Erfolg abzuwenden und es doch nicht zum Bruch mit den Kindern kommen zu lassen. Daß sie Unannehmlichkeiten und Verstimmungen auf sich nehmen, kann allerdings von ihnen erwartet werden. Die aus dem Bisherigen sich ergebende Regel dürfte also wohl etwa wie folgt zu fassen sein: Die Abwendung von Gefahren, die fremden Rechtsgütern drohen, ist dem zur Erfolgsabwendung Verpflichteten dann nicht zumutbar, wenn das einzige Mittel für eine Erfolgsabwendung zwangsläufig zum Bruch mit einem Familienangehörigen des engsten Kreises führt; das gilt nicht, wenn es sich um die Abwendung von einer Lebensgefahr handelt⁵¹⁴).

Außerhalb des Familienkreises sind die Fälle rechtlich anzuerkennender Unzumutbarkeit noch seltener. Das gilt vor allem für das Geschäftsleben, wo gerne von Unzumutbarkeit gesprochen wird, wenn das einzige Mittel der Erfolgsabwendung zu geschäftlichen Schäden führt. So hat der BGH es für zumutbar gehalten, daß die Wirtin ihrer Pflicht, die Polizei zu benachrichtigen, nachkommt, wenn ein Stammgast oder Lieferant im Wirtshaus zu viel getrunken hat und sich gütlich nicht überreden läßt, von der Fortsetzung seiner Fahrt mit seinem

⁵¹¹) OLG Celle in Niedersächsische Rechtspflege 1950, S. 92 (1949), KG in JR 1950/407 (1949).

⁵¹²) Vgl. hierzu auch den Beschluß des Großen Senats für Strafsachen vom 17. Februar 1954, BGHSt 6/46 ff., bes. S. 57/58; OLG Hamm in JR 1951/349 (1950). Zu weit geht das RG in RGSt 58/97, 98 (1924), das dem Ehemann ein Einschreiten gegen die Unzucht der Ehefrau deswegen nicht zumutet, weil sie ihm mit einem Skandal gedroht hatte, von dem er befürchtete, daß sein Geschäft darunter leiden werde. Nach richtiger Ansicht fehlt es in diesem Fall aber überhaupt an einer Rechtspflicht (siehe oben S. 59, 60).

⁵¹³) Siehe dazu auch oben S. 63.

⁵¹⁴) Den engsten Familienkreis definiere ich nicht. Er ist für den konkreten Fall festzustellen und kann auch lebenslange Freunde umfassen.

Auto Abstand zu nehmen. Die voraussichtlich eintretenden geschäftlichen Schäden können nach dem BGH nicht dazu führen, daß es der Wirtin nicht zugemutet werden kann, die Polizei gegen das Weiterfahren des Gastes zu mobilisieren⁵¹⁵⁾. Dasselbe gilt auch dann, wenn ein Vermieter die Aufbewahrung von Diebesgut in dem Zimmer des Untermieters duldet. Daß er auf diese Weise den Untermieter verlieren wird, macht die Anzeige bei der Polizei nicht unzumutbar. Die Frage, wieweit es zumutbar ist, menschliche Beziehungen für die Erfüllung von Rechtspflichten aufs Spiel zu setzen, steht auch in den Fällen zur Entscheidung, in denen ein Beamter verpflichtet ist, ihm außerdienstlich bekannt gewordene strafbare Handlungen anzuzeigen⁵¹⁶⁾.

Neben den bisher erörterten Fällen der Unzumutbarkeit, denen gemeinsam ist, daß der Erfüllung der Rechtspflicht die Rücksichtnahme auf nahe menschliche Beziehungen entgegensteht, ist noch eine zweite Gruppe von Fällen denkbar. Die Aufopferung verhältnismäßig geringer Interessen ist nämlich dann unzumutbar, wenn der Träger des Rechtsguts, das zu schützen der Erfolgsabwendungsverpflichtete berufen ist, sich selbst schwer gegen diesen oder einen seiner Angehörigen vergangen hat. Daß hier die Erfolgsabwendungspflicht an sich nicht berührt wird, liegt auf der Hand. Es handelt sich vielmehr darum, daß es dem Verpflichteten psychisch besonders schwer fällt, den Erfolg abzuwenden. Ich denke dabei etwa an den Fall, daß der Mörder, der einen Angehörigen des Hausherrn ermordet hat, auf der Flucht im Hause verunglückt und verletzt liegen bleibt. Kann dem Hausherrn zugemutet werden, hier Hilfe zu leisten? Ähnlich ist die Situation, wenn der bewaffnete Räuber vom Überfallebenen in Notwehr ins Wasser gestoßen wird und zu ertrinken droht. In beiden Fällen besteht eine Erfolgsabwendungspflicht. Im einen Fall ist der Hausherr aus seinem Wohnungsrecht zur Hilfe verpflichtet, im anderen Fall begründet vorangegangenes Tun eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung. Nehmen wir einmal an, in beiden Fällen sei der Angreifer jetzt ungefährlich und die Hilfeleistung und Erfolgsabwendung ohne Aufopferung wesentlicher Güter durch den Verpflichteten möglich. Trotzdem erscheint es unbillig, in einem solchen Fall den untätig gebliebenen Verpflichteten zu bestrafen. Der Ausschluß der Strafe wegen fehlender Schuld muß natürlich auf die Fälle beschränkt werden, in denen ein besonders schweres Verschulden dessen vorliegt, dem geholfen werden müßte. Ist der im Haus gestürzte Mann ein aufgeschreckter Dieb, ein Einbrecher oder ein aufdringlicher Bettler, und der ins Wasser gestoßene Mensch ein stark betrunkenener Mann, der den Vorübergehenden belästigt hat, so kann ein so geringes Verschulden des Hilfsbedürftigen es dem Verpflichteten niemals unzumutbar machen, den Hilfsbedürftigen zu retten. Ein ernster Gewissenskonflikt, den die Rechtsprechung zu berücksichtigen hätte, könnte sich hier bei dem verantwortlichen Hilfspflichtigen gar nicht ergeben. Nur bei besonders schwerwiegenden Angriffen gegen den Verpflichteten oder einen seiner Angehörigen, die unmittelbar vor der Situation stattfinden, die zur Erfolgsabwendung verpflichtet, dürfte dem zur Erfolgsabwendung Verpflichteten die Betätigung seiner Pflicht ganz oder zu einem Teil unzumutbar sein. Der Verpflichtete wird in diesen Fällen zwar zur Benachrichtigung der Polizei oder anderer Leute verpflichtet sein, nicht aber in Person Hilfe leisten müssen, nicht einmal dann wenn die Hilfe der Polizei wahrscheinlich zu spät kommt.

⁵¹⁵⁾ BGHSt 4/20 ff (1953), vor allem S. 23. Jeschek (GA 1954/327) meint, m. E. zu Unrecht, zu diesem Urteil, der BGH habe die an die Wirtin gestellten Anforderungen überspannt.

⁵¹⁶⁾ Hier fehlt freilich meistens schon die Rechtspflicht zur Anzeige: vgl. oben S. 72 und S. 98, Anm. 491.

Andere Fälle der Unzumutbarkeit sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist die Gefahr, daß man eigene strafbare Handlungen offenbaren müsse, kein Schuld-
ausschließungsgrund⁵¹⁷). Der zur Erfolgsabwendung Verpflichtete darf auch niemals eigene mindere Gefahren oder mindere Gefahren seiner Angehörigen abwenden, bevor er seiner Abwendungspflicht gegenüber jenem nachkommt, dem gegenüber ihm im konkreten Fall eine Erfolgsabwendungspflicht obliegt. So darf sich beispielsweise der Feuerwehrmann nicht der Pflege einer eigenen harmlosen Verwundung widmen, solange in dem brennenden Haus, das er löschen muß, noch Menschen oder große Sachwerte in Gefahr sind. Darin gerade unterscheidet er sich von dem Täter des § 330c.

⁵¹⁷) Unbestrittener, schon 1897 vom RG ausgesprochener Grundsatz: RGSt 30/191. Hier hatte der Vormund, der zugleich der Vater des Mündels war, seine Vaterschaft verschwiegen, wodurch der Vater seines Mündels nicht festgestellt und zur Unterhaltsleistung herangezogen werden konnte. Vgl. auch BGHSt 3/18 ff (1951), 4/167 ff und 5/187 ff (beide 1953).

Schlußbetrachtung

Es bleibt die Frage, ob es sich de lege ferenda empfiehlt, eine besondere Bestimmung über das unechte Unterlassungsdelikt in das Strafgesetzbuch aufzunehmen. Man könnte daran besonders deswegen denken, weil die vorliegende Arbeit vielleicht den Eindruck erweckt hat, als ob der gegenwärtige Zustand einer fehlenden Regelung notwendig zu einer bedenklichen Rechtsunsicherheit führen müsse. Bei näherem Zusehen zeigt sich aber, daß eine Kodifizierung des Unterlassungsdelikts unmöglich ist, und zwar einfach deshalb, weil sie, so wie unser Gesetz nun einmal aufgebaut ist, systemwidrig wäre.

Die vorliegende Untersuchung geht, ohne das Gewicht der für die abweichende Einordnung vorgebrachten Argumente zu verkennen, davon aus, daß der Standort der Rechtspflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten die Rechtswidrigkeit ist. Das Verbrechensmerkmal der Rechtswidrigkeit nun ist im Strafgesetzbuch nur gelegentlich und sehr unvollständig geregelt: Neben der Notwehr wird der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung nur für die Körperverletzungsdelikte, der Rechtfertigungsgrund des Güternotstandes nur für die Beleidigungsdelikte behandelt. Die übrigen Rechtfertigungsgründe, soweit sie überhaupt ausdrücklich formuliert sind, finden sich über zahlreiche Gesetze verstreut. Diese überwiegend außerhalb des Strafgesetzbuches vorgenommene Kodifizierung der Rechtfertigungsgründe ist systematisch deshalb richtig, weil die Frage, was Recht und was Unrecht ist, nur von der ganzen Rechtsordnung und nicht von einem Teilgebiet der Rechtsordnung behandelt und entschieden werden kann. Innerhalb des Strafgesetzbuchs sollte also eine allgemeine Regelung der Rechtspflichten für die unechten Unterlassungsdelikte nicht formuliert werden; sie hätte aber auch außerhalb des Strafgesetzbuchs keinen Platz. Es ist schon nicht ersichtlich, in welchem Gebiet der Rechtsordnung die Rechtspflichten einheitlich geregelt werden sollten.

Wer freilich den Standort der Rechtspflicht in den Tatbestand verlegt, sollte eine gesetzliche Regelung im Hinblick auf die Vorschrift des § 2 fordern, da der gesetzliche Tatbestand, um eine Bestrafung zu rechtfertigen, fest umrissen sein muß.

In diesem Falle wäre es gewiß falsch, von einer gesetzlichen Regelung allzu viel zu erwarten. Eine in den allgemeinen Teil aufzunehmende Bestimmung des Inhalts etwa, daß ein durch Unterlassen verursachter Erfolg nur dann tatbestandsmäßig sei, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln für den bestanden habe, der den Erfolg hätte abwenden können, würde zwar die Bedenken der Schriftsteller zerstreuen, die eine Strafbarkeit der Erfolgsverursachung durch Unterlassen nach dem geltenden Recht mit Rücksicht auf § 2 generell in Zweifel ziehen, könnte aber beispielsweise nicht davor schützen, daß die Rechtsprechung denjenigen, der einen Selbstmord geschehen läßt, obwohl er zur Abwendung des Selbstmords verpflichtet war, wegen Tötung bestraft, während er nach der herrschenden Meinung dann freizusprechen ist, wenn der Selbstmörder aus freiem Entschluß den Tod gesucht hat.

Auf die Möglichkeit, die Fälle der strafwürdigen Erfolgsverursachung durch Unterlassen in die einzelnen gesetzlichen Tatbestände des besonderen Teils hineinzuarbeiten, wie das z. B. in den §§ 221 und 223b geschehen ist, möchte ich nicht näher eingehen. Eine solche Maßnahme würde vielleicht eine durchgreifende Bereinigung aller Streitfragen ermöglichen. Sie würde aber zugleich bedeuten, daß das ganze Strafgesetzbuch von Grund auf erneuert werden müßte.

Ob man sich von einer konkreteren Fassung der gesetzlichen Tatbestände viel versprechen darf, erscheint überdies höchst zweifelhaft. Es ist schon fraglich, ob sich z. B. die Vielfalt strafwürdiger Tötungen in einem Gesetzbuch, das handlich und praktikabel bleiben will, überhaupt konkreter ausdrücken läßt als durch den Satz „Wer einen Menschen vorsätzlich tötet, wird als Totschläger bestraft“, und bei anderen, weniger einfach gelagerten Tatbeständen des besonderen Teils erscheint eine konkretere Fassung vollends ausgeschlossen. —

Der Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit liegt in dem Versuch, das rechtspflichtgemäße von dem rechtspflichtwidrigen Verhalten abzugrenzen; diese Untersuchung wird — ich darf es wiederholen — von der Frage nicht beeinflußt, ob die Rechtspflicht ihren Standort in der Rechtswidrigkeit oder in der Tatbestandsmäßigkeit hat. Der Verfasser hofft, gewisse Grundsätze für die Abgrenzung entwickelt zu haben, die, wenn sie sich nicht durchweg als praktisch durchführbar erweisen sollten, wenigstens als Anregung und Diskussionsgrundlage dienen möchten. Der Streit über die praktischen Ergebnisse im Einzelfall wird in gewissem Umfang wohl nie enden; das ist das Schicksal aller Fragen der Abgrenzung in der Rechtswissenschaft.

Lebenslauf

Am 14. Juni 1929 wurde ich als Sohn des damaligen Staatsanwalts und heutigen ordentlichen Professors der Rechte Dr. Franz Böhm und seiner Ehefrau Marietta, geb. Ceconi, in Berlin-Charlottenburg geboren. Bis zur Obersekunda besuchte ich das humanistische Gymnasium Carolo-Alexandrinum in Jena in Thüringen. Die beiden letzten Schuljahre absolvierte ich an dem humanistischen Gymnasium in Freiburg im Breisgau, an welchem ich auch am 31. Juli 1947 das Abitur bestand.

Mein Studium der Rechtswissenschaft begann ich im Wintersemester 1947/48 an der Universität Freiburg im Breisgau. Das Sommersemester 1948 studierte ich an der Universität in Basel, die anschließenden Semester wieder in Freiburg. Zum 5. Semester verlegte ich meinen Studienplatz nach Frankfurt am Main. Dort bestand ich vor dem juristischen Prüfungsamt des Oberlandesgerichtes am 27. Juli 1951 die erste juristische Staatsprüfung. Meine Ernennung zum Gerichtsreferendar erfolgte Anfang September 1951. Seit dem Wintersemester 1951/52 bin ich als wissenschaftliche Hilfskraft bei der Juristischen Fakultät der Universität in Frankfurt am Main tätig. Mit Wirkung vom 1. August 1955 bin ich wissenschaftlicher Assistent.

Druck: Maindruck Dr. Walter Oppenheimer
Frankfurt a. M.-Fechenheim

